Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

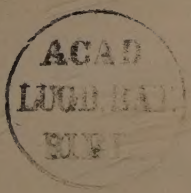
zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Felix Richter,

Gerichtsassessor in Ostritz.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

Geschichtlicher Rückblick.

§ 1. Die früheren Rechte 1
§ 2. Entwicklungsgeschichte der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs 7

Zweiter Abschnitt.

§ 3. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe 13

Dritter Abschnitt.

Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 4. Der Grundsatz des § 1699 BGB. 18
§ 5. Guter Glaube beider Elternteile 22
§ 6. Böser Glaube des Vaters 36
§ 7. Böser Glaube der Mutter 41
§ 8. Rechtliche Stellung der als unehelich geltenden Kinder . . . 48
§ 9. Wegen Drohung anfechtbare Ehen 56
§ 10. Durch nachfolgende Ehe legitimierte Kinder 58
§ 11. Geltendmachung der Rechtsfolgen aus den §§ 1699f. 58

Vierter Abschnitt.

§ 12. Ehen nach altem Recht 67

Literaturverzeichnis.

Ahrens, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

de Boor, Die Rechtsfolgen einer materiell nichtigen Ehe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. Borna-Leipzig 1905.

Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1900.

Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Festgabe der juristischen Fakultät in Heidelberg für Bekker. Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 4. Aufl. Jena 1904.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 4. Halle 1903.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Berlin 1903.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1./2. Aufl. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 6. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Marburg 1901.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich der Nichtigkeitserklärung der Ehe. 2. Aufl. Berlin 1900.

Fischer, Über die Erfordernisse einer Putativehe. In Gruchots Beiträgen Bd. 25. Berlin 1881.

Fischer, Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 29. Jena 1890.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Fränkel, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Ausschluß des Vormundschaftsrechts. Hannover 1898.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. Jena 1901.

Hoffmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Leipzig 1889.

Hollweck, Das Zivileherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dargestellt im Lichte des kanonischen Eherechts. Mainz 1900.

Jacobi, Das persönliche Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1899.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. 2. 2. Aufl. Berlin 1903.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. Teil 3. Berlin 1901.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des preuß. allgem. Landrechts. 2. Hälfte. 1./2. Aufl. Berlin 1903.

Liebe, Das bürgerliche Recht nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Ein Lehrbuch für Lernende. Bd. 2. Leipzig 1904.

Mankiewicz, Die Voraussetzungen der Putativehe in den Rechtsquellen des gemeinen Rechts und nach heutiger Doktrin. Diss. Göttingen 1895.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1900.

Mayer, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2./3. Aufl. Stuttgart 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 4. Buch. Breslau 1905.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht für das Deutsche Reich. Systematisch dargestellt und durch Beispiele erläutert. Bd. 2. 2. Aufl. München 1904.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Opet-Blume, Das Familienrecht. 4. Buch des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuche von Biermann. Berlin 1906.

Philler, M., Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1906.

Philler, O., Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch. Leipzig 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 4. 3. Aufl. Berlin 1906.

Rocholl, Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München-Berlin 1909.

Scherer, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1900.

Siebenhaar, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. Leipzig 1869.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Staudinger, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz. Bd. 4 3./4. Aufl. München 1908, Bd. 6 3./4. Aufl. München 1909.

Süßheim, Das Namenrecht von Frau und Kind im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43. Berlin 1899.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 3. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1901.

Abkürzungen.

ALR. = Preußisches allgemeines Landrecht.
BGB. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.
EG. z. BGB. = Einführungsgesetz hierzu.
FGG. = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KO. = Konkursordnung.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
Mot. Bd. 4 = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 4.

Prot. Bd. 4 = Protokolle der Kommission für die 2. Lesung Bd. 4.
Denkschr. = Denkschrift zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
ERG. in Zivils. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Zentralbl. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Paragraphen ohne nähere Angabe sind die des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Erster Abschnitt.

Geschichtlicher Rückblick.

§ 1.

Die früheren Rechte.

A. Römisches Recht.

In dem im Corpus Juris Civilis kodifizierten römischen Rechte findet sich nur eine einzige Stelle, die sich mit der Frage der Ehelichkeit der Kinder befaßt, die aus einer trotz eines entgegenstehenden rechtlichen Hindernisses geschlossenen Ehe stammen. Hier[1] sind durch einen kaiserlichen Gnadenakt die Kinder aus einer Ehe zwischen nahen Verwandten — Oheim und Nichte — für ehelich erklärt worden, und diese kaiserliche Entschließung ist damit begründet, daß die Mutter die der Ehe entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht gekannt habe, daß sie von ihrer Großmutter verheiratet worden sei, daß die Ehe kinderreich gewesen sei, und daß sie bereits vierzig Jahre bestanden habe. Die Stelle sagt ausdrücklich, daß alles dies zusammengewirkt habe, um die Entscheidung in diesem Sinne ergehen zu lassen, und es dürfte nicht angängig sein, mit Mankiewicz[2] den entschuldbaren Irrtum als Hauptgrund herauszuschälen und den übrigen Gründen nur untergeordnete Bedeutung beizumessen. Insbesondere dürfte entsprechend der Tendenz der kaiserlichen

---

[1] l. 57a D. 23, 2.

[2] Mankiewicz, Die Voraussetzungen der Putativehe S. 13f.

Gesetzgebung gerade die Zahl der Kinder mit ausschlaggebend gewesen sein.

B. Deutsches Recht.

Von den älteren deutschen Rechtsquellen, die größere Bedeutung erlangten, erörtern der Sachsenspiegel[1] und der Spiegel deutscher Leute[2] die Frage, wie es zu halten sei, wenn dem Ehemanne das der Ehe entgegenstehende Hindernis unbekannt gewesen sei und die Ehe dann wegen des Hindernisses wieder getrennt werde. In beiden Rechtssammlungen wird die Ehelichkeit der in der Ehe geborenen Kinder wie auch die eines in der Ehe erzeugten, aber erst nach der Trennung geborenen Kindes bejaht.

Auf demselben Standpunkte steht auch der Schwabenspiegel,[3] der noch ausdrücklich das Erbrecht der Kinder am Gute beider Elternteile hervorhebt.

In sämtlichen Fällen erscheint als einziger Grund der Ehelichkeit der Kinder der gute Glaube des Ehemannes. Von der Entschuldbarkeit des Irrtums findet sich in den Quellen nichts.[4]

C. Kanonisches Recht.

Von ungleich größerer Bedeutung als die genannten Rechtsquellen wurden für die Folgezeit für das Eherecht die Bestimmungen des Corpus Juris Canonici, das vermöge der von der Kirche auf diesem Gebiete ausgeübten geistlichen Gerichtsbarkeit die Grundlage des gemeinrechtlichen Ehe-

---

[1] Sachsensp. 3, 27.

[2] Spiegel deutscher Leute Art. 241.

[3] Schwabensp. Art. 287.

[4] Mankiewicz a. a. O. S. 15 f.

rechtes wurde. Hier bildete sich auf Grund der Bestimmungen in cap. 2, 8, 10, 14, 15, X. 4, 17, die päpstliche Einzelentscheidungen enthalten, die Lehre von der Putativehe aus. Nach dieser war ein Kind aus einer wegen eines trennenden Ehehindernisses nichtigen Ehe als ehelich anzusehen, wenn wenigstens ein Elternteil bei der Eheschließung in gutem Glauben gewesen war. Außerdem verlangte die herrschende Lehre die Beobachtung der gesetzlichen Form bei der Eheschließung. Eine wenn auch entschuldbare Nichtbeachtung dieser Form sollte stets die Unehelichkeit des Kindes zur Folge haben. Gegen diese Auffassung wendeten sich, als die Frage nach Einführung des Reichspersonenstandsgesetzes akut geworden war, Fischer in zwei Abhandlungen[1] und Mankiewicz in der obenerwähnten Schrift. Wenn dem Letztgenannten auch darin recht zu geben ist, daß zur Zeit des Erlasses der päpstlichen Dekretalen eine Formvorschrift für die Eheschließung noch nicht bestand, diese vielmehr entsprechend dem römischen Rechte durch bloßen Ehekonsens zustande kam, und daß das Tridentinum, das die solenne Form der Eheschließung vor dem Pfarrer und zwei oder drei Zeugen einführte, der Rechtswirkung mangelnder Form bei Gutgläubigkeit der Nupturienten keine Erwähnung tut, so dürfte doch der herrschenden Lehre als der auf Gewohnheitsrecht, das sich seit Einführung der feierlichen Form der Eheschließung gebildet hatte, beruhenden der Vorzug zu geben sein.[2]

---

[1] Gruchots Beitr. Bd. 25 S. 69f.; Jherings Jahrb. Bd. 29 S. 248f.

[2] Dernburg, Pand. Bd. 3 § 28, 3.

D. Die Partikularrechte.

1. Das preuß. allgem. Landrecht.

Auf einen grundsätzlich anderen Standpunkt stellte sich das allgem. Landrecht. Es unterscheidet zwischen nichtigen und ungültigen Ehen mit der Maßgabe, daß die letzteren, wenn sie auf Antrag der hierzu berechtigten Personen aufgehoben werden, den nichtigen Ehen gleichstehen (Teil II Titel 1 §§ 933 f.). Für die Kinder aus solchen Ehen stellt nun das Gesetz den Grundsatz auf, daß sie, vorausgesetzt, daß sie im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würden, ihren Eltern gegenüber alle Rechte ehelicher Kinder haben ohne Rücksicht darauf, ob ein Elternteil oder beide bei der Eheschließung oder der Erzeugung der Kinder bösgläubig waren (Teil II Titel 2 § 50).

Aber diese Stellung als eheliche Kinder haben sie nur den Eltern und ihren aus der gleichen Verbindung hervorgegangenen Geschwistern gegenüber. Dagegen ist ihre familienrechtliche Stellung nach außen die unehelicher Kinder. Sie führen nicht den Familiennamen des Vaters, sondern den der Mutter und treten weder in des Vaters noch — gleich den unehelichen Kindern (Teil II Titel 2 § 639) — in der Mutter Familie ein. Damit entfällt auch das Erbrecht gegenüber den Verwandten der Eltern.

Dagegen ist für die Stellung der Eltern gegenüber den Kindern der gute Glaube von Bedeutung. Der Elternteil, der die die Nichtigkeit begründende Tatsache kannte — der kritische Zeitpunkt ist der der Eheschließung — kommt nicht in den Besitz der elterlichen Rechte. Nur wenn er das Kind erzieht und verpflegt, stehen ihm die Rechte von Pflegeeltern zu.[1]

[1] vgl. hierzu Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern

Das Beispiel des allgem. Landrechts fand jedoch bei den ihm folgenden Kodifikationen keine Nachahmung.

2. Das französische Recht.

Der code civil, der die Materie in Art. 201 u. 202 behandelt, stellt wieder auf den guten Glauben der Eltern ab. Nur wenn wenigstens ein Elternteil in gutem Glauben war, treten für die Kinder und den gutgläubigen Elternteil die Wirkungen einer gültigen Ehe ein. Die Kinder gelten als ehelich, und zwar auch im Verhältnisse zu der Familie der Eltern.

3. Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch.

Ausführlicher hat das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch die hier in Frage kommenden Rechtsverhältnisse geordnet, und seine Regelung sei hier kurz skizziert.[1]

Es unterscheidet Ehen, die ohne weiteres wegen eines Formmangels bei der Eheschließung nichtig sind (§ 1620), solche, die infolge Vorliegens bestimmter Nichtigkeitsgründe durch Richterspruch für nichtig erklärt werden, und anfechtbare Ehen. Auch die Ehe nach § 1620 ist keine Nichtehe, wie Philler annehmen will. Das ergibt sich aus § 2054, der für den bis zum Tode des anderen gutgläubigen Ehegatten ein Erbrecht bestehen läßt und dessen Motive (abgedruckt bei Siebenhaar zu § 2054) die Fälle der §§ 1620 u. 1621 gleichmäßig als Putativehe bezeichnen.

---

und Kind S. 84; Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. S. 145; Dernburg, Das bürgerl. R. für das Deutsche Reich Bd. 4 S. 275; Leske, Vergl. Darst. des BGB. und des ALR. S. 891.

[1] vgl. hierzu M. Philler, Die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen S. 15; Ahrens dasselbe S. 4; Siebenhaar, Komm. z. sächs. BGB.

Für Kinder aus solchen Putativehen bestimmt nun § 1771, daß sie für ehelich zu erachten sind, außer wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung den die Nichtigkeit begründenden Tatumstand, ohne Rücksicht auf die ihm vom Gesetze beigelegte, Bedeutung kannten. Dieser Grundsatz ist ausgedehnt auf den Fall, daß ein uneheliches Kind durch eine Ehe legitimiert ist, die nach §§ 1620, 1621 nichtig ist (§ 1782); hier werden die Kinder ehelich, wenn auch nur ein Elternteil den nach § 1771 erforderlichen guten Glauben besaß.

Die Wirkung davon, daß die Kinder als ehelich gelten, äußert sich für sie — abgesehen von dem Vorteile auf idealem Gebiete — in ihrem Rechte auf Unterhalt und im Erbrecht. Letzteres haben sie nach § 2016 gegenüber den Eltern und deren Aszendenten sowie nach § 2017 auch gegenüber den Seitenverwandten väterlicher- wie mütterlicherseits. M. Phillers (a. a. O.) will ihnen das letztere absprechen, offenbar weil in § 2016 von den ehelichen Kindern nach § 1771, in § 2017 dagegen von ehelich Geborenen die Rede ist. Aber abgesehen davon, daß die letztere Ausdrucksweise m. E. nur als eine Abkürzung der in § 2016 gegebenen Begriffsbestimmung angesehen werden kann — denn für eine Unterscheidung fehlt es an jedem Anhalte —, spricht gegen die Auffassung Phillers die Bestimmung in § 2018, wo nicht nur § 1781, sondern auch § 1782 angezogen worden ist. Es wäre doch widersinnig, einem aus nichtiger Ehe stammenden, im allgemeinen als ehelich geltenden Kinde ein Erbrecht zu versagen, das einem unehelichen zugestanden wird, das durch eine mit dem gleichen Fehler behaftete und daher nichtige Ehe legitimiert worden ist.

Besondere Bestimmungen trifft das Gesetz für den bösgläubigen Vater. Er hat weder die väterliche Gewalt über das Kind, noch einen Anspruch auf Unterhalt, noch ein Erb-

recht gegen das Kind. Des letzteren entbehren auch die väterlichen Aszendenten (§§ 1809, 1843, 2039). Hinsichtlich der erfolgreich angefochtenen Ehe ist über väterliche Gewalt, Unterhaltsanspruch und Erbrecht des bösgläubigen Vaters bezw. seiner Voreltern das gleiche bestimmt wie bei der nichtigen Ehe. Weiterer Bestimmungen über die Ehelichkeit bedurfte es nicht, da das Gesetz die angefochtenen Ehen nicht den nichtigen gleich behandelt, die Ehe also bis zur Rechtskraft des auf die Anfechtung ergehenden Urteils als zu Recht bestehend, die daraus hervorgegangene Nachkommenschaft also unter den gewöhnlichen Voraussetzungen als ehelich gilt, ohne Rücksicht darauf, ob die Eltern von der die Anfechtung begründenden Tatsache oder ihrer Rechtswirkung Kenntnis hatten.

4. Das bayer. Landrecht.

Endlich sei noch erwähnt, daß auch das bayer. Landrecht sich dem gemeinen Rechte angeschlossen hatte, die eheliche Geltung der Kinder also von dem guten Glauben wenigstens eines Elternteils abhängig machte. Der maßgebende Zeitpunkt für Gut- oder Bösgläubigkeit war hier die Zeit der Erzeugung der Kinder.[1]

§ 2.

Entwicklungsgeschichte der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

So war Deutschland bis zum Erlasse des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Frage nach der Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen in zwei Gebiete getrennt, die räumlich

[1] vgl. hierzu bayer. Landrecht Teil I Kap. 3 § 2, Kap. 6 § 44; Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 4.

von etwa gleicher Größe waren, das preußischrechtliche und das des gemeinen Rechts und der sich ihm anschließenden Kodifikationen (bayer. Landrecht, code civil, sächs. BGB.).

Der 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1] folgte bei Regelung der Materie dem Grundsatze, daß einzig und allein auf die Lage der Kinder Rücksicht zu nehmen sei, und führte ihn mit einer einzigen Ausnahme, wie weiter unten zu zeigen sein wird, strikt durch. Er mußte sich daher hinsichtlich der Frage, welche Kinder als ehelich zu gelten hätten, dem preußischen Rechte, hinsichtlich der Wirkungen dieser Ehelichkeit aber dem gemeinen Rechte und den ihm folgenden Gesetzgebungen anschließen.

Zur Begründung des Prinzips der vom guten Glauben der Eltern unabhängigen Ehelichkeit führt der Entwurf an, daß dieses allein der Billigkeit entspreche, da es den Interessen der Kinder in gebührender Weise Rechnung trage. Für diese würde es eine große Härte bedeuten, wenn sie nach langjähriger ehelicher Geltung zu unehelichen Kindern gemacht werden würden. Endlich sei dieser Grundsatz schon für ein großes Rechtsgebiet anerkannt, und es erscheine weniger bedenklich, ihn auch auf die anderen Teile des Reiches auszudehnen, als ihn dort, wo er sich bewährt habe, zum Nachteile der Kinder zu beseitigen.

Jedoch beziehen sich die Vorschriften des Entwurfs über die eheliche Geltung der Kinder nur auf solche nichtige Ehen, die nicht wegen eines Formmangels nichtig sind. Nach den Motiven ist eine formungültige Ehe ohne weiteres nichtig und bedarf keiner Ungültigkeitserklärung. Eine Erstreckung der Vorschriften über die eheliche Geltung auf die Kinder aus

---

[1] Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 4 S. 843f.

solchen Ehen würde nach Ansicht der Motive zu weit gehen, auch würden sich die Voraussetzungen, unter denen die Ehelichkeit der Kinder hier anzuerkennen wäre, nicht sicher feststellen lassen; endlich weisen sie darauf hin, daß die Regelung des Entwurfs sich an den Standpunkt des geltenden Rechts, insbesondere auch den des allgem. Landrechts anschließe.

Im einzelnen gilt für nichtige Ehen, die nicht wegen Formmangels ungültig sind, folgendes:

a) Beide Eltern sind gutgläubig. Hier schließt sich der Entwurf unter Ablehnung des preußischrechtlichen Standpunktes, der das Kind weder in die väterliche noch in die mütterliche Familie eintreten ließ, dem gemeinen Rechte und den ihm folgenden Gesetzgebungen an und läßt es als voll ehelich gelten, insbesondere also auch im Verhältnisse zu den väterlichen oder mütterlichen Verwandten. Für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern sollen wegen Analogie der Verhältnisse die Vorschriften maßgebend sein, die für den Fall gegeben sind, daß eine Ehe geschieden ist und beide Ehegatten für schuldig erklärt worden sind.

b) Ist lediglich der Vater bösgläubig, so ändert das an der Stellung der Kinder als ehelicher nichts, auch den väterlichen Verwandten gegenüber. Das entspricht dem gemeinen Rechte; es widerspricht dem allgem. Landrecht. Begründet wird diese Regelung mit der auf die gutgläubige Mutter zu nehmenden Rücksicht, da diese anderenfalls nicht nur in moralischer Hinsicht eine Zurücksetzung erfahren, sondern auch für den Fall eines frühzeitigen Todes des Vaters materiell stark beeinträchtigt werden würde. Die elterliche Gewalt hat der Vater nicht, sie steht vielmehr entsprechend den Grundsätzen des Entwurfs über die elterliche Gewalt der Mutter zu.

c) Die allein bösgläubige Mutter hat nach dem Entwurfe den Kindern gegenüber die Stellung der im Ehescheidungsprozesse allein für schuldig erklärten Frau, sie steht zu ihnen wie eine außereheliche Mutter und hat nicht mehr Rechte als diese. Insbesondere entbehrt sie der elterlichen Gewalt, kann diese auch nicht erlangen, wenn die des Vaters durch Tod oder Verwirkung untergegangen ist; nur die Personensorge steht ihr zu, gleich der wiederverheirateten Witwe. Das Kind gilt allenthalben als ehelich, den Eltern sowohl wie deren Verwandten gegenüber, auch hier im Anschlusse an das gemeine Recht und im Gegensatze zum allgem. Landrecht.

d) Endlich sind nach dem Entwurfe selbst dann, wenn beide Ehegatten bösgläubig sind, die Kinder als ehelich anzusehen. Was die Stellung der Eltern betrifft, so hat weder Vater noch Mutter die elterliche Gewalt über sie, ersterer entbehrt sämtlicher sich aus der Vaterschaft ergebender Rechte, die Mutter hat nur die beschränkte Personensorge nach § 1558 Satz 2. Aber auch in das Prinzip der ehelichen Geltung der Kinder legt hier der Entwurf in § 1566 Abs. 2 eine Bresche, indem er die Verwandtschaft der Kinder mit den väterlichen Verwandten verneint. Die Motive suchen diese Ausnahme — denn als solche stellt sich die Durchbrechung des Grundsatzes der Ehelichkeit dar — zu begründen mit dem Hinweise darauf, daß die entgegengesetzte Bestimmung in § 1564 (böser Glaube allein des Vaters) getroffen sei hauptsächlich im Interesse der gutgläubigen Mutter, daß der Billigkeit gegen die Kinder in ausreichender Weise dadurch Rechnung getragen sei, daß sie überhaupt als eheliche anerkannt würden, und daß endlich die nichtige Ehe nicht geeignet sei, ihnen Rechte gegen die Verwandten des Vaters, die an der Nichtigkeit der Ehe keine Schuld treffe, zu verleihen.

Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Die letzte Erwägung ist geradeso zutreffend, wenn der Vater allein bösgläubig ist. Auch hier sind die Verwandten schuldlos — ob sie es übrigens tatsächlich sind, unterscheidet der Entwurf nicht —, und doch tritt das Kind zu ihnen in das Verhältnis eines ehelichen Abkömmlings; und wenn die Regelung bei Bösgläubigkeit des Vaters auch hauptsächlich im Interesse der gutgläubigen Mutter liegt, so ist doch auch das Interesse der Kinder maßgebend, und dieses in einem Falle durch eine Regelung für gewahrt zu erachten, die im anderen nicht als zureichend angesehen wird, dafür liegt kein Grund vor. Tatsächlich wird durch diese Sonderbestimmung eine Mittelstufe der Ehelichkeit geschaffen, die ihren Grund in der einseitigen Betonung des Prinzips der Begünstigung der Kinder hat, und das auch der Entwurf bis zu den letzten Konsequenzen nicht durchzuführen vermag; denn es widerstreitet eben dem Billigkeitsgefühle, beim bösen Glauben beider Elternteile die Kinder, die nach den Motiven „an sich“ unehelich sind, als volleheliche anzusehen, und die Motive bemühen sich vergebens, diesen Widerspruch zu beseitigen.

e) Hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Ehe sprechen sich die Motive dahin aus, daß, da eine angefochtene Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen sei, die Vorschriften über Kinder aus nichtigen Ehen entsprechend anzuwenden seien.

f) Endlich sei noch bemerkt, daß der Entwurf der mala fides superveniens keinen Einfluß einräumt, daß dem Kennen der Nichtigkeit bezw. Anfechtbarkeit das grobfahrlässige Nichtkennen gleichgestellt ist, daß es auf die Kenntnis der Nichtigkeit, nicht die der sie begründenden Tatsache ankommt, und daß der entscheidende Zeitpunkt die Eheschließung ist.

Demgegenüber brachte der 2. Entwurf[1] wesentliche Änderungen. Sie bestanden vornehmlich darin, daß in der Frage der Ehelichkeit der preußischrechtliche Standpunkt aufgegeben war zugunsten des gemeinrechtlichen, sowie daß ein Ehegatte nur dann als bösgläubig angesehen werden sollte, wenn er die Nichtigkeit der Ehe bei der Eingehung kannte, nicht auch, wenn seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte, wie der 1. Entw. annahm. Des weiteren wurden die Vorschriften über die eheliche Geltung der Kinder auch auf die wegen eines Formmangels nichtigen Ehen ausgedehnt, es sei denn, daß die Ehe nicht einmal ins Heiratsregister eingetragen war. Diese Änderung schloß sich an die des § 1252 des Entw. an. Der 1. Entw. hatte die Ausdehnung der Bestimmungen über die eheliche Geltung der Kinder auf wegen eines Formmangels ungültige Ehen abgelehnt, und gegen diese von ihm getroffene Regelung hatte sich vor allem Gierke[2] in der Kritik des Entwurfs gewendet.

Auf Einzelheiten einzugehen, erscheint an dieser Stelle überflüssig, da der Wortlaut des 2. Entw. mit nur geringfügigen Ausnahmen der des Gesetzes geworden ist. Erwähnt sei nur noch, daß der 2. Entw. eine Bestimmung des Inhalts enthielt, daß die Vorschriften über die Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen auf solche aus erfolgreich angefochtenen entsprechende Anwendung finden sollten. Diese hat im 3. Entw. keine Aufnahme gefunden, da man sie für selbstverständlich und damit für entbehrlich hielt.

---

[1] vgl. hierzu Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. eines BGB. Bd. 4 S. 662f.

[2] Gierke, Der Entw. eines BGB. und das deutsche Recht S. 399, 453.

Zweiter Abschnitt.

§ 3.

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Die Abhandlung befaßt sich mit der Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen. Was ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine nichtige Ehe? Der Gegenstand ist behandelt im Titel 3 des 1. Abschnittes des 4. Buchs, der die Überschrift trägt „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe". Zunächst zählt das Gesetz die Fälle der Nichtigkeit auf: Nichtbeobachtung der in § 1317 vorgeschriebenen Form einerseits, besonders schwere Tatbestandsmängel — Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit, vorübergehende Störung der Geisteskräfte, Doppelehe, nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft sowie Ehebruch — andererseits. Die Fälle der Anfechtbarkeit der Ehe sind in den §§ 1331—1335 aufgezählt.

Was die Folgen und die Art der Geltendmachung der Nichtigkeit angeht, so unterschied der 1. Entw. streng zwischen formeller und materieller Nichtigkeit. Jede mit einem wenn auch noch so geringfügigen Formmangel behaftete Ehe war ihm ein matrimonium non existens, ohne jede Wirkung für die Parteien der Eheschließung wie für Dritte; jederzeit und unbeschränkt konnte diese Nichtigkeit geltend gemacht werden. Anders die materiell nichtige Ehe. Auch sie war keine Ehe im Rechtssinne, doch war die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht unbeschränkt zulässig, vielmehr an die Erhebung der Nichtigkeitsklage geknüpft, und für eine solche Ehe bestimmte § 1252 Abs. 1, daß sie bis zur Auflösung oder Ungültigkeitserklärung als gültig anzusehen sei, während nach Abs. 2 dieses Paragraphen eine materiell nichtige Ehe nach der Auflösung

oder Ungültigkeitserklärung, eine formungültige, aber schlechthin als nicht geschlossen anzusehen sein sollte.

Es liegt auf der Hand, daß diese an sich sehr klare Scheidung in formungültige und materiell nichtige Ehen zu großen Härten und Unbilligkeiten führen mußte, und mit Recht wendete sich hiergegen die Kritik Gierkes,[1] der hervorhob, daß kleine Formfehler bei Eheschließungen häufig seien, und der verlangte, daß eine mit einem Formfehler behaftete Ehe, wenn sie äußerlich in standesamtlicher Form geschlossen sei, hinsichtlich der Geltendmachung und der Rechtsfolgen der Ungültigkeit einer aus einem materiellen Grunde nichtigen Ehe gleichzustellen sei.

Der 2. Entw. gab dieser Anregung Raum und „zog", wie die Protokolle sagen, „die gesetzliche Grenze etwas anders", d. h. er trennte die formell nichtigen Ehen in solche, die in das Heiratsregister eingetragen waren, und in solche, denen auch dieses Merkmal fehlte, und stellte die erste Gruppe den materiell nichtigen Ehen gleich, während die nicht eingetragene, formungültige Ehe ohne alle Rechtswirkungen, nach wie vor ein matrimonium non existens blieb.[2]

Diese Einteilung ist Gesetz geworden. Es sind demnach zu scheiden

1. formungültige und nicht ins Heiratsregister eingetragene nichtige Ehen;

---

[1] Gierke a. a. O. S. 452.

[2] Gegen die Gleichstellung der nicht eingetragenen formungültigen Ehe mit dem matrimonium non existens vgl. Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 2 S. 382, der m. E. zu Unrecht annimmt, daß ein solches Gebilde einer weiteren Eheschließung einer der Parteien entgegenstehe.

2. formungültige, aber eingetragene und materiell nichtige Ehen;

3. anfechtbare Ehen, die nach § 1343 nach erfolgreicher Anfechtung den nichtigen Ehen unter 2. gleichstehen.

Unsicherheit herrscht in der Literatur über die Terminologie. Die alte Scheidung in formelle und materielle Nichtigkeit, die der 1. Entw. machte und an der für das geltende Recht noch Planck[1] festhält, ist, nachdem ein Teil der formell nichtigen Ehen den materiell nichtigen gleichgestellt ist, nicht mehr anwendbar. Cosack[2] unterscheidet „Scheinehe“ — matrimonium nullum — und „Nichtehe“ — matrimonium non existens —, doch ist hiergegen mit Staudinger einzuwenden, daß die nur mit der Nichtigkeitsklage angreifbare nichtige Ehe bis zur Nichtigkeitserklärung durchaus kein bloßes Scheingebilde ist. Landsberg[3] prägt für das matrimonium non existens den Ausdruck „Vollnichtigkeit“, ohne diesem aber eine entsprechende Bezeichnung für das matrimonium nullum gegenüberzustellen. Es schlechthin als nichtige Ehe zu bezeichnen, wie er es tut, dürfte nicht angängig sein, denn eine nichtige Ehe ist nach dem wenn auch nicht glücklich gewählten Ausdrucke des Gesetzes auch die formungültige nicht eingetragene Ehe, das matrimonium non existens. Am besten erscheint die Unterscheidung Staudingers.[4] Er nennt das matrimonium non existens absolut nichtige Ehe und stellt dem den Begriff der relativ nichtigen Ehe gegenüber. Wenn auch zuzugeben ist, daß dieser Begriff in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz etwas anderes bedeutete, näm-

---

[1] Planck, BGB. Bd. 4 Abschn. 1 Titel III Vorbem. II, 1.

[2] Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 § 288.

[3] Landsberg, Das Recht des BGB. 2. Hälfte S. 813.

[4] Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. 4 Abschn. 1 Titel III Vorbem.

lich eine Unwirksamkeit, die nur bestimmten Personen gegenüber Platz greift, so ist dem doch entgegenzuhalten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem Begriffe in der alten Bedeutung, in der noch die Motive[1] von einer relativen Nichtigkeit sprechen, nicht mehr operiert, und daß daher seine Anwendung auf das matrimonium nullum unbedenklich erscheint.

Während sich auf das Bestehen einer absolut nichtigen Ehe jederzeit ein jeder berufen kann, ist die Geltendmachung der relativen Nichtigkeit beschränkt. Es bedarf hierzu, abgesehen von dem Falle, daß die Ehe aufgelöst ist, der Erhebung einer Nichtigkeitsklage, und die Nichtigkeit kann vor Rechtskraft des diese aussprechenden Urteils nicht geltend gemacht werden. Hinsichtlich der erfolgreich angefochtenen Ehen bestimmt § 1343 Abs. 1, daß sie als von Anfang an nichtig anzusehen seien. In beiden Fällen also wird das Urteil dahin lauten: Die Ehe ist nichtig.

Es fragt sich nun: welches ist der rechtliche Charakter einer solchen Verbindung bis zur Rechtskraft des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils?

Hierüber herrscht lebhafter Streit.

Wie oben bereits ausgeführt ist, enthielt der 1. Entw. in § 1252 Abs. 2 die Bestimmung, daß eine für ungültig erklärte Ehe so behandelt werden sollte, als wenn sie nicht geschlossen worden wäre, während der Abs. 1 dieses Paragraphen vorschrieb, daß eine solche Ehe bis zur Nichtigkeitserklärung als gültig anzusehen sei. Wie de Boor[2] mit Recht bemerkt, liegt hierin ein Widerspruch. In das Bürgerliche Gesetzbuch ist weder der erste noch der zweite Absatz übergegangen.

---

[1] Mot. Bd. 4 S. 47.

[2] de Boor, Die Rechtsfolgen einer materiell nichtigen Ehe nach dem BGB. S. 6f.

Buhl,[1] Cosack,[2] Fischer-Henle[3] und ihnen folgend de Boor vertreten die Ansicht, daß die Ehe nie bestanden habe, während Dernburg[4] und mit ihm Jacobi,[5] M. Philler[6] und andere[7] bis zur Rechtskraft des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils die Ehe für gültig erklären. Für diese Ansicht spricht vor allem, daß einige Fälle der nichtigen Ehe — entgegen den allgemeinen Vorschriften über nichtige Rechtsgeschäfte — heilbar sind (§§ 1324, 1325, 1328), und es ist Dernburg darin recht zu geben, daß ein völlig totes Gebilde, als welches die gegenteilige Meinung die nichtige Ehe schon vor der Rechtskraft des Urteils hinstellt, nicht geheilt werden könne. Jedenfalls wird man mit Endemann[8] zugeben müssen, daß der formale Bestand der Ehe bewirke, daß dieser selbst im Falle der Nichtigkeit bis zur Rechtskraft des Urteils eine gewisse rechtliche Anerkennung zukomme.

Ein weiteres Eingehen auf diese Frage würde aus dem Rahmen dieser Abhandlung herausfallen, da, wie sogleich zu zeigen sein wird, die Frage nach der Behandlung der Kinder aus nichtigen Ehen im Gesetzbuche ihre besondere Regelung gefunden hat und die Frage nach der Rechtsstellung solcher Kinder nach den dort aufgestellten Sondervorschriften zu beantworten ist.

---

[1] Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe nach dem BGB., in der Heidelberger Festgabe für Bekker S. 145 f.

[2] Cosack a. a. O. S. 481.

[3] Fischer-Henle, BGB. § 1329 Anm. 1.

[4] Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 S. 62 f.

[5] Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. S. 46.

[6] M. Philler a. a. O. S. 31 f.

[7] Landsberg a. a. O. S. 840; Müller, Bürgerl. R. S. 23; Staudinger a. a. O. § 1329 Anm. 2.

[8] Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 647.

Dritter Abschnitt.

Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 4.

Der Grundsatz des § 1699 BGB.

Die rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen ist im BGB. im 5. Titel des 2. Abschnitts des 4. Buches geregelt. Den leitenden Grundsatz stellt § 1699 auf. Nach diesem kommt es dafür, ob die Kinder als eheliche gelten, darauf an, ob es sich um ein matrimonium nullum, eine relativ nichtige und, was ihr gleichsteht, eine erfolgreich angefochtene Ehe handelt, oder um ein matrimonium non existens, eine wegen Formmangels nichtige und auch nicht ins Heiratsregister eingetragene Ehe. Kinder aus Ehen der letztgenannten Art sind stets unehelich, entsprechend der Behandlung, die das Gesetz auch sonst der absolut nichtigen Ehe angedeihen läßt.

Was nun die Kinder aus relativ nichtigen und erfolgreich angefochtenen Ehen angeht, so läßt das Gesetz sie als ehelich gelten, „sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben".

Opet-Blume[1] und mit ihm Kuhlenbeck[2] und M. Philler[3] betonen, daß darin eine Fiktion und nicht eine Vermutung liege, wie andere[4] behaupten. M. E. liegt in der

---

[1] Opet-Blume, Komm. z. Familienrecht § 1699 Anm. 4.

[2] Kuhlenbeck, BGB. Bd. 2 S. 654.

[3] M. Philler a. a. O. S. 36.

[4] Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß S. 77; Meisner, Das BGB. für das Deutsche Reich 4. Buch S. 265.

Regel beides. Fingiert wird die Ehelichkeit der Kinder trotz der ihr entgegenstehenden Nichtigkeit der Ehe, vermutet dagegen wird bis zum Gegenbeweise der gute Glaube beider Ehegatten. Wird dieser in Zweifel gezogen, so liegt der Beweis für die Bösgläubigkeit nach dem unzweideutigen Wortlaute des Gesetzes dem Gegner der Ehelichkeit des Kindes ob. Er muß dartun, daß beide Ehegatten zur Zeit der Eheschließung, also zur Zeit der Abgabe der Konsenserklärung vor dem Standesbeamten, die Nichtigkeit der Ehe gekannt haben. Es genügt also nicht, daß die Brautleute Kenntnis von der die Nichtigkeit begründenden Tatsache gehabt haben, sondern es muß ihnen klar gewesen sein, daß diese Tatsache die Nichtigkeit der Ehe zur Folge habe; es genügt ferner nicht, daß ihre Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, daß sie die Nichtigkeit hätten kennen müssen, sondern es ist die positive Kenntnis erforderlich. Endlich kommt auf eine nach Eingehung der Ehe erlangte Kenntnis der Nichtigkeit nichts an. Wie sich hieraus ergibt, ist der Beweis der Bösgläubigkeit äußerst schwer zu führen. Gelingt er aber doch, so gilt das Kind als unehelich.

Zur Begründung für diese Regelung, die, wie oben gezeigt worden ist, von dem Standpunkte des 1. Entw. abweicht, führen die Protokolle[1] an, daß es „der Würde der Ehe widerstreite, Kindern aus einer nur scheinbaren Ehe die im Rechte anerkannte Vollstellung von Kindern aus gesetzmäßigen Ehen dann zu geben, wenn beide Ehegatten gewußt hätten, daß sie eigentlich nur im Konkubinate zusammen leben". Dieser Begründung haben sich die meisten angeschlossen.[2] Ihre Be-

[1] Prot. Bd. 4 S. 663.

[2] z. B. O. Philler, Vorlesungen über das BGB. 4. Buch S. 356; Liebe, Das bürgerl. R. nach dem BGB. Bd. 2 S. 346.

rechtigung erscheint zweifelhaft. Denn da das Gesetz die Kinder nur dann für unehelich erklärt, wenn die Nichtigkeit den Ehegatten zur Zeit der Eheschließung bekannt war, der male fides superveniens also keinen Einfluß beimißt, so müssen Kinder, die in nichtiger Ehe nach nachträglich erlangter Kenntnis der Nichtigkeit erzeugt werden, als eheliche gelten, obwohl doch auch hier die Eltern bei der Erzeugung wußten, daß sie miteinander lediglich im Konkubinate lebten.[1] Allerdings kann zur Rechtfertigung dieser Art der Regelung angeführt werden, daß es zu Härten führen würde, wenn von den aus einem und demselben Verhältnisse entsprossenen Kindern ein Teil die Stellung ehelicher, der andere die unehelicher haben sollte.[2]

Abgesehen von dem Falle, daß beide Elternteile bei der Eheschließung bösgläubig waren, gelten die Kinder aus einer relativ nichtigen Ehe als ehelich. Voraussetzung ist natürlich, und das ist auch in § 1699 noch ausdrücklich ausgesprochen, daß sie im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würden; es gelten auch für diese Kinder die §§ 1591 u. 1592.

Die Folge ist nun, daß ein als ehelich geltendes Kind die volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangt, nach außen hin wie seinen Eltern und deren Angehörigen gegenüber. Im einzelnen mag folgendes erwähnt sein.[3]

Zunächst erhält es mit der Geburt den Familiennamen des Vaters (§ 1616 BGB.) und tritt dadurch nach außen hin als dessen eheliches Kind auf. Noch das die Kinder stark

---

[1] vgl. hierzu Knitschky a. a. O. S. 85.

[2] vgl. hierzu Knitschky a. a. O. S. 85.

[3] vgl. Staudinger a. a. O. § 1699 Anm. 3; Planck a. a. O. § 1699 Anm. 3; Leske a. a. O. S. 892; Endemann a. a. O. Bd. 2 S. 846.

begünstigende allgem. Landrecht gab ihnen den Namen der Mutter und verschlechterte so ihre Stellung nach außen erheblich. Da das Kind als volleheliches Kind gilt, erwirbt es mit der Geburt auch den Adel des Vaters. Ferner teilt es den Wohnsitz des Vaters nach § 11 BGB.[1] Das ist besonders wichtig für die Frage nach dem Unterstützungswohnsitze, denn diesen leitet das Kind vom Vater ab (vgl. Reichsgesetz v. 6. 6. 1870 in der Fassung v. 30. 5. 1908). Auch in der Staatsangehörigkeit folgt das Kind dem Vater, dessen Staatsangehörigkeit es mit der Geburt erwirbt (vgl. Reichsgesetz v. 1. 6. 1870 § 3).

In privatrechlicher Beziehung sind des Kindes hauptsächlichste Rechte das auf Unterhalt (§§ 1601f.), auf Aussteuer (§ 1620) und sein Erbrecht und Pflichtteilsrecht (§§ 1924, 2303 BGB.), und zwar steht es nicht nur seinen Eltern, sondern auch deren Verwandten als eheliches Kind gegenüber, ist also auch diesen gegenüber unterhalts- und erbberechtigt.

Wenn von einigen[2] an dieser Stelle die Dienstpflicht des Kindes nach § 1617 mit genannt wird, so ist das m. E. unrichtig, da gerade, wie unten zu zeigen sein wird, diese sich verschieden regelt, je nachdem, ob der Vater oder die Mutter gutgläubig oder bösgläubig ist. Für die Erörterung dieser Frage erscheint daher hier, wo nur von den Rechten und Pflichten des als ehelich geltenden Kindes ohne Rücksicht auf den bösen Glauben des einen Gatten gesprochen wird, kein Raum.

---

[1] vgl. hierzu Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem BGB. S. 63.

[2] Leske a. a. O. S. 892; Staudinger a. a. O. § 1699 Anm. 3; Hollweck, Das Zivileherecht des BGB. S. 193.

§ 5.

Guter Glaube beider Elternteile.

Wenn sonach auch das Gesetz dafür sorgt, daß die Kinder aus nichtigen und mit Erfolg angefochtenen Ehen in der weitaus größten Zahl der Fälle die Geltung ehelicher Kinder behalten, so hat es doch andererseits dem Umstande Rechnung getragen, daß die Ehe der Eltern nicht besteht. Mit Rücksicht hierauf hat es bestimmt, daß sich das Rechtsverhältnis zwischen einem solchen als ehelich geltenden Kinde und seinen Eltern nach den Vorschriften bestimmen soll, die für ein eheliches Kind gelten, dessen Eltern geschieden und beide für schuldig erklärt worden sind (§ 1700). Für den Fall, daß ein Elternteil bei Eingehung der Ehe bösgläubig war, enthalten die folgenden Paragraphen (§§ 1701 u. 1702) Sondervorschriften, so daß § 1700 unbeschränkt nur dann zur Anwendung kommt, wenn beide Elternteile bei der Eheschließung gutgläubig waren. Der Nichtkenntnis des Nichtigkeitsgrundes steht hierbei in den Fällen der §§ 1325, 1332 der Zustand der Bewußtlosigkeit gleich.[1]

Die Gleichstellung der gutgläubigen Eltern mit Ehegatten, die bei der Scheidung für schuldig erklärt worden sind — eine Gleichstellung, die, wie Endemann[2] zuzugeben ist, hart klingt — rechtfertigen die Motive[3] mit der Analogie der Verhältnisse. Das ist auch zutreffend, denn nach der Nichtigkeitserklärung besteht die Ehe nicht mehr, gleich der geschiedenen, und da beide Teile gutgläubig sind, so liegt kein

[1] vgl. hierzu Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht S. 103.

[2] Endemann a. a. O. S. 881.

[3] Mot. Bd. 4 S. 845.

Grund vor, einen in der Stellung gegenüber den Kindern zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Dieselben Gesichtspunkte sind aber bei Regelung der Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern nach einer aus Verschulden beider Gatten erfolgten Scheidung maßgebend gewesen.

Was die Tragweite der Bestimmung in § 1700 angeht, so ist Opet-Blume[1] recht zu geben, daß, wenn auch der Wortlaut sich nur auf den 4. Titel des 2. Abschnitts, der die rechtliche Stellung der ehelichen Kinder regelt, beziehe, doch für die Unterhaltspflicht der Eltern den Kindern gegenüber der § 1585 maßgebend sein müsse, da § 1700 die sämtlichen Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern einer relativ nichtigen oder erfolgreich angefochtenen Ehe in gleicher Weise regeln wolle wie die zwischen schuldigen Eltern und ihren Kindern nach der Scheidung.

Demnach gestaltet sich die Unterhaltspflicht folgendermaßen:

Voraussetzung dieser Pflicht ist, daß das Kind außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1602 Abs. 1); handelt es sich um ein minderjähriges, unverheiratetes Kind, so ist die Berechtigung, Unterhalt von den Eltern zu verlangen, schon gegeben, wenn die Einkünfte des Vermögens des Kindes oder der Ertrag seiner Arbeit zum Unterhalte nicht ausreichen (§ 1602 Abs. 2). Das Recht auf Unterhalt besteht nach § 1601 beiden Elternteilen gegenüber, doch haftet in erster Linie der Vater; nur wenn das Recht auf Nutznießung am Kindesvermögen der Mutter zusteht, so haftet diese vor dem Vater, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Kind

---

[1] Opet-Blume a. a. O. § 1700 Anm. 3.

überhaupt Vermögen hat, oder ob ein etwaiges Vermögen irgendwelche Nutzungen abwirft (§ 1606).[1]

In der Regel wird sonach der Vater verpflichtet sein, dem Kinde den Unterhalt zu gewähren, da die Mutter nur in den Ausnahmefällen der §§ 1684, 1685 Abs. 2 die Nutznießung am Kindesvermögen hat. Hier trifft nun § 1585, der hier entsprechend anzuwenden ist, die Sonderbestimmung, daß die Mutter verpflichtet ist, dem in erster Linie unterhaltspflichtigen Vater aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrage ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes einen angemessenen Beitrag zu leisten. Diese Regelung hat ihren Grund darin, daß, bevor die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, der Mann in der Regel die Nutznießung am Vermögen der Frau hat (§ 1363) oder, insoweit das nicht der Fall ist, von der Frau einen Beitrag erhält (§§ 1427, 1371). Diese Einnahmen, die der Mann zum Unterhalte der Kinder mit verwenden konnte, fallen weg, wenn die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist. Für diesen Ausfall schafft die Bestimmung in § 1585 Ersatz.[2] Die Beitragspflicht der Frau tritt nach dem Wortlaute des Gesetzes nur ein, wenn sie Einkommen aus eigenem Vermögen hat oder aus eigener Arbeit oder einem selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfte Einkünfte zieht. Es kommt also lediglich darauf an, ob die Frau aus den angegebenen Quellen Einnahmen hat. Unterläßt es die Frau, zu arbeiten, obwohl nach den Verhältnissen der Ehegatten Erwerb durch

---

[1] vgl. hierzu Fischer-Henle, BGB. § 1606 Anm. 4; Müller, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 230.

[2] vgl. hierzu Liebe a. a. O. S. 318; Erler a. a. O. S. 154; O. Philler a. a. O. S. 333.

Arbeit der Frau üblich ist, so entfällt auch ihre Beitragspflicht — anders als im Falle des § 1578, wo die Unterhaltspflicht des geschiedenen und allein für schuldig erklärten Ehemannes der Frau gegenüber davon abhängig gemacht ist, daß nicht die Frau ihren Unterhalt aus dem Ertrage ihrer Arbeit bestreiten kann, sofern eine solche Erwerbstätigkeit der Frau den Verhältnissen der Parteien entspricht. Es besteht jedoch keine Möglichkeit, diese Bestimmung, die allerdings durchaus der Billigkeit entspricht, analog auf die Beitragspflicht der Frau nach § 1585 zu übertragen.[1]

Der Anspruch des Mannes auf die Beitragsleistung ist kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nicht übertragbar. Dadurch soll erreicht werden, daß der Beitrag wirklich zur Unterhaltung des Kindes verwendet wird. Aus der Unübertragbarkeit des Anspruchs folgt seine Unpfändbarkeit (§ 851 Abs. 1 ZPO.), auch kann gegen ihn nicht aufgerechnet werden (§ 394 BGB.), noch fällt er bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Vaters in die Konkursmasse (§ 1 Abs. 4 KO.), endlich kann der Vater das Recht auf den Beitrag weder mit einem Nießbrauche noch mit einem Pfandrechte belasten (§§ 1069, 1274 BGB.).

Vater und Mutter können über Höhe und Art des Beitrags sowie über die Zeit, in der er zu leisten ist, vertragsmäßige Bestimmungen treffen, auch kann der Vater auf das ihm nach § 1585 zustehende Recht verzichten.[2] Das hat darin seinen Grund, daß dieser Paragraph in Abs. 1 lediglich das Verhältnis zwischen den Eltern regelt, den Unterhaltsanspruch des Kindes aber nicht berührt. Sobald dieser in Frage kommt,

---

[1] Staudinger a. a. O. § 1690 Anm. 5a β.

[2] Staudinger a. a. O. § 1585 Anm. 9.

entfällt das Recht der Eltern auf eine freie Regelung. Das ist bei Abs. 2 des § 1585 der Fall. Hier ist bestimmt, daß die Mutter, der die Sorge für die Person des Kindes zusteht, berechtigt ist, den Beitrag zur eigenen Verwendung für den Unterhalt des Kindes zurückzubehalten, wenn eine erhebliche Gefährdung des Unterhaltes des Kindes zu besorgen ist. Ein Verzicht auf dieses Recht würde, da er das Recht des Kindes auf den Unterhalt beeinträchtigen würde, nach § 138 BGB. nichtig sein.[1]

Das Recht des Kindes auf Unterhalt ist davon, ob die Mutter nach § 1585 Abs. 1 einen Beitrag geleistet hat, völlig unabhängig. Würde die Mutter einen angemessenen Beitrag an den Vater abgeführt, dieser ihn aber zu anderen Zwecken verwendet haben und nun mittellos sein, so würde sich das Kind dennoch nach den §§ 1601 f. mit seinem Unterhaltsanspruche an die Mutter wenden können.[2]

Bisher war angenommen, der Vater sei in erster Linie verpflichtet, das Kind zu unterhalten. Steht jedoch der Mutter das Recht auf die Nutznießung am Vermögen des Kindes zu, so ist sie in erster Linie unterhaltspflichtig. Es ist nun höchst eigentümlich, daß das Gesetz für diesen Fall eine dem § 1585 entsprechende Bestimmung, die den Mann zu einem angemessenen Beitrag heranzieht, vermissen läßt. Es ist Erler[3] recht zu geben, daß dies unbillig erscheint, doch wird sich, wie Sauer[4] anführt, die Mutter dadurch helfen können, daß sie auf das Nutznießungsrecht, das ihr nicht

---

[1] Staudinger a. a. O. § 1585 Anm. 9.

[2] Staudinger a. a. O. § 1585 Anm. 7; ERG. in Zivils. Bd. 57 S. 78 f.

[3] Erler a. a. O. S. 155.

[4] Sauer, Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht S. 656.

einmal die Unterhaltskosten für das Kind einbringt, verzichtet. Tut sie das, dann greift wieder die Regel des § 1606 Platz, daß der Vater in erster Linie haftet.

Wie bereits erwähnt, verbleibt dem Vater, abgesehen von den Fällen der §§ 1684 u. 1685 Abs. 2, das Recht auf die Nutznießung am Kindesvermögen. Dem entspricht das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen. Das bleibt dem Vater auch nach der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe, und das entspricht auch der Regelung, die für die bestehende Ehe gilt. Denn auch hier steht Recht und Pflicht der Vermögensfürsorge allein dem Vater zu. Nur auf dem Gebiete der Personensorge kann und muß sich die Mutter während der Dauer der Ehe nach § 1634 betätigen, wobei sie freilich im Falle einer Meinungsverschiedenheit dem Vater nachstehen muß. Wie aber der Vater während der Ehe auch auf dem Gebiete der Personensorge allein berechtigt ist, das Kind zu vertreten, so verbleibt ihm dieses Recht kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 1635 Abs. 2) auch nach der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe. Das Recht der Personenfürsorge aber, das in der Ehe der Mutter neben dem Vater zustand, verteilt das Gesetz unter die gutgläubigen Eltern folgendermaßen: Die Personenfürsorge für alle Kinder bis zu 6 Jahren steht der Mutter zu, von diesem Zeitpunkte an tritt eine Verteilung nach dem Geschlechte ein, die Söhne unterstehen der Personensorge des Vaters, die Töchter der der Mutter. Diese Art der Regelung entspricht dem bisherigen Rechtszustande in großen Teilen des Reiches, so z. B. im Gebiete des allgem. Landrechts, das die Kinder bis zu 4 Jahren ausschließlich der Mutter zuwies und von diesem Zeitpunkte an eine Verteilung nach dem Geschlechte eintreten

ließ. Die Motive begründen die im Gesetze getroffene Regelung damit, daß die Kinder bis zum 6. Lebensjahre hauptsächlich der mütterlichen Pflege und Aufsicht bedürfen, und mit dem auf diesen Zeitpunkt fallenden Beginne der Schulpflicht.

Wie schon ausgeführt worden ist, läßt das Gesetz das Recht des Vaters zur Vertretung der Kinder unberührt, und es wird daher, wenn der Mutter die Sorge für die Person des Kindes, dem Vater aber seine Vertretung zusteht, in der Regel schwer sein, zu entscheiden, ob eine einzelne Maßnahme in den Machtbereich des Vaters oder in den der Mutter, in den Bereich der rechtlichen oder tatsächlichen Personensorge fällt. Konfliktsfälle, wie der von Eck[1] angeführte, werden nicht selten sein. Er bringt folgendes Beispiel: Die Tochter ist bei der Mutter. Der Vater schließt kraft seines Vertretungsrechts einen Dienstvertrag für sie ab. Die Mutter bestimmt kraft ihres Personenfürsorgerechts, daß die Tochter ihren Aufenthalt bei ihr zu nehmen habe. Eck entscheidet dahin, daß der Wille des Vaters vorgehe, da das mütterliche Fürsorgerecht kein Befehlsrecht hinsichtlich des Aufenthalts des Kindes enthalte. Dem wird zuzustimmen sein.

Planck[2] hat nun den Versuch gemacht, die Personensorge in die tatsächliche Fürsorge und in die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten zu teilen und die der einen und der anderen Abteilung zufallenden Angelegenheiten einzeln aufzuzählen. Demgegenüber ist jedoch Staudinger[3] recht zu geben, daß sich eine derartige scharfe Scheidung praktisch

---

[1] Eck a. a. O. S. 485.

[2] Planck a. a. O. § 1627 Anm. 2.

[3] Staudinger a. a. O. Vorbem. zu §§ 1631—1637 III.

nicht durchführen läßt, daß vielmehr die meisten der in den Bereich der Personensorge fallenden Angelegenheiten sowohl eine tatsächliche wie eine rechtliche Seite haben. Freilich dürfte das von Staudinger angeführte Beispiel, daß die Anwendung von Zuchtmitteln in den Bereich der tatsächlichen Fürsorge, das Engagement eines Erziehers aber in das Gebiet der Vertretung gehöre, nicht zutreffen. Beides ist vielmehr Ausfluß der persönlichen Fürsorge, denn der Vertrag mit dem Erzieher wird nicht im Namen oder in Vertretung des Kindes geschlossen, sondern der Erziehungsberechtigte schließt ihn im eigenen Namen ohne irgendwelche rechtliche Wirkung für das Kind, um seiner in der Personenfürsorge enthaltenen Erziehungspflicht zu genügen. In den Bereich der Vertretung dagegen fallen, wie Staudinger richtig ausführt, die Angelegenheiten, bei denen rechtliche Wirkungen in Beziehung auf die Person des Kindes in Frage stehen. Als Beispiele nennt er die Vornahme von Rechtsgeschäften, Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen, Erteilung und Verweigerung von Einwilligung und Genehmigung zu Rechtsgeschäften des Kindes sowie gerichtliche Geltendmachung von Rechten des Kindes.

Es ist nun hier die Frage aufgetaucht: Wem steht das Recht zu, die Herausgabe des Kindes nach § 1631 zu verlangen? Die Motive[1] sprechen sich dahin aus, daß dieses Recht dem Teile zustehe, der zur Sorge für die Person, wenn auch ohne das Recht zur Vertretung, berechtigt ist. Dem ist beizutreten. Denn es handelt sich hier, wie Staudinger[2] mit Recht ausführt, nicht um ein Recht des Kindes, sondern um ein eigenes Recht des Fürsorgeberechtigten. Es ist

[1] Mot. Bd. 4 S. 753.

[2] Staudinger a. a. O. § 1632 Anm. 2 a α.

M. Philler[1] darin beizustimmen, daß der Berechtigte nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hat, die Herausgabe des Kindes von dem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält, da eine solche Vorenthaltung des Kindes die Sorge für die Person des Kindes, zu deren Ausübung der Berechtigte nicht nur berechtigt, sondern nach dem Gesetze auch verpflichtet ist, unmöglich machen würde.

Die vom Gesetze in erster Linie vorgesehene Regelung, Teilung der Personensorge nach Alter und Geschlecht, ist jedoch nicht unabänderlich. Vielmehr kann das Gericht eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist (§ 1635 Abs. 1 Satz 2). Durch diese Bestimmung sind die Befugnisse des Vormundschaftsgerichts gegenüber den Eltern im Vergleiche zu seinen Rechten bei bestehender Ehe wesentlich erweitert. Denn während sonst das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts an die strengen Voraussetzungen des § 1666 geknüpft ist, kann es hier einem Elternteile die ihm gesetzlich zustehende Personensorge nehmen, wenn eine solche Maßregel aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten erscheint. Die Motive[2] begründen diese Erweiterung des staatlichen Eingriffsrechts in die Familienverhältnisse außer mit der — hier nicht in Frage kommenden — geringen Bedeutung der Schuldfrage im Eheprozesse für das Verhältnis zwischen Eltern und Kind mit dem Hinweise darauf, daß mit der Trennung der Ehegatten die in ihrem Zusammenwirken liegende Gewähr für eine sorgfältige Erziehung wegfalle. Immerhin aber handelt es sich um eine Ausnahmebestimmung, und das Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen, an die eine

[1] M. Philler a. a. O. S. 52.

[2] Mot. Bd. 4 S. 626.

abweichende Regelung geknüpft ist, muß auf das strengste geprüft werden. Nicht das Interesse der Eltern kommt in Frage, sondern das des Kindes, und dieses Interesse muß die Änderung nicht etwa aus allgemeinen Erwägungen als nützlich, sondern aus besonderen konkreten Umständen als unbedingt erforderlich erscheinen lassen, so daß ein Nichteinschreiten mit einer Gefährdung des Wohles des Kindes gleichbedeutend sein würde.[1]

Was nun den Inhalt der etwa zu treffenden abweichenden Anordnung angeht, so kommt lediglich eine andere Verteilung der Personensorge unter den Eltern in Frage, nicht aber die Zuweisung der Sorge für die Person des Kindes an einen Dritten. Diese bereits in den Motiven[2] vertretene Auffassung ist in Literatur und Rechtsprechung die herrschende.[3] Ihr ist beizupflichten. Denn eine Übertragung der Sorge für die Person an Dritte will das Gesetz eben nur unter den Voraussetzungen des § 1666 als letztes Mittel gegen die Verwahrlosung des Kindes zulassen.

Hat das Vormundschaftsgericht eine abweichende Regelung getroffen, so ist es befugt, sie wiederaufzuheben, und zwar nicht nur, wenn die Wiederaufhebung im Interesse des Kindes geboten, sondern bereits, wenn die abweichende Regelung nicht mehr erforderlich ist (§ 1635 Abs. 1 Satz 2). Die Anordnung der Wiederaufhebung unterliegt also nicht den gleichen strengen Voraussetzungen wie die Anordnung einer Abweichung

---

[1] vgl. hierzu Zentralbl. Bd. 2 S. 736 Nr. 564; Staudinger a. a. O. § 1635 Anm. 1 cα; Erler a. a. O. S. 152; Knitschky a. a. O. S. 154.

[2] Mot. Bd. 4 S. 626.

[3] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. Anm. 1 cβ und die dortigen Zitate.

vom Regelfalle. Die Motive[1] begründen das mit der Erwägung, eine Änderung des regelmäßigen Zustandes solle nur so lange bestehen, als dieser Ausnahmezustand im Interesse des Kindes geboten sei. Ist es aber ohne Gefährdung der Interessen des Kindes möglich, an der normalen Verteilung festzuhalten, so soll es geschehen.

In jedem Falle, in dem das Vormundschaftsgericht ändernd eingreift, mag es sich um eine von § 1635 Abs. 1 Satz 1 abweichende Regelung oder um ihre Wiederaufhebung handeln, hat es nach § 1673 die Eltern und Verwandte des Kindes tunlichst zu hören. Die Ermittlungen hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen vorzunehmen (§ 2 FGG.). Der Bestellung eines Pflegers für die Kinder bedarf es nicht.[2]

Da es sich bei einer abweichenden Anordnung und ihrer Wiederaufhebung nicht um persönliche Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander, sondern um die Rechtsverhältnisse des Kindes handelt, bestimmt sich die Zuständigkeit des Gerichts nicht nach § 45, sondern nach § 43 in Verb. mit § 36 FGG., d. h. nicht das Gericht des Ehemanns ist zuständig, sondern das, welches zur Einleitung einer Vormundschaft über das Kind zuständig sein würde.

Es fragt sich nun noch, ob die Eltern die durch das Gesetz getroffene Regelung willkürlich durch bindenden Vertrag ändern können. Die Motive[3] gehen davon aus, daß solchen Verträgen die Gültigkeit zu versagen sei, selbst wenn sie von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abhängig gemacht seien, da dem Rechte auf die Personensorge eine Pflicht hierzu entspreche, auf die nicht verzichtet werden

[1] Mot. Bd. 4 S. 627.

[2] Staudinger a. a. O. § 1635 Anm. 1 cδ und die dortigen Zitate.

[3] Mot. Bd. 4 S. 627.

könne. Wenn auch die ausdrückliche Bestimmung des 1. Entw. in § 1561, daß auf die elterliche Gewalt weder einseitig noch durch Vertrag verzichtet werden könne, in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen ist, so ist dem Reichsgerichte[1] doch darin beizupflichten, daß diese Bestimmung auch für das Bürgerliche Gesetzbuch gelte, und daß daher Verträge darüber nichtig seien. Dieser Ansicht ist auch die Literatur in überwiegender Mehrheit.[2]

Zulässig dagegen ist es, und auch das ist schon in den Motiven ausgesprochen, daß ein Elternteil, dem die Personensorge zusteht, diese Sorge der Ausübung nach dem anderen Teile überläßt. Solange hierin kein Mißbrauch der Personensorge liegt, ist das zulässig, wie denn diese Übertragung der Ausübung nach an jeden Dritten erfolgen kann.

Weiter kommt für das Verhältnis zwischen Kindern aus nichtigen Ehen und ihren gutgläubigen Eltern § 1636 BGB. in Betracht. Dieser bestimmt, daß der Elternteil, dem das Recht auf Personensorge nicht zusteht, die Befugnis behält, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Den Grund für die Bestimmung wird man mit Opet-Blume[3] in dem natürlichen Bande zu finden haben, das die gutgläubigen Elternteile der nichtigen Ehe gleich den geschiedenen Gatten mit dem Kinde verbindetu nd das nicht wie im Falle der Adoption[4] durch ein anderes Band ersetzt worden ist.

---

[1] ERG. in Zivils. Bd. 60 S. 268.

[2] Erler a. a. O. S. 152; Kuhlenbeck, BGB. § 1635 Anm. 3; Spahn a. a. O. S. 92; Opet-Blume § 1635 Anm. 6; Staudinger a. a. O. § 1635 Anm. 8; and. A. Knitschky a. a. O. S. 156.

[3] Opet-Blume a. a. O. § 1636 Anm. 1.

[4] vgl. hierzu ERG. in Zivils. Bd. 64 S. 47 f.

Das Vormundschaftsgericht ist nun befugt, den Verkehr näher zu regeln. Hierbei hat es nach freiem Ermessen zu entscheiden, in welcher Art und in welchen Zeiträumen der Verkehr stattfinden soll, eventuell ob er nur in Gegenwart Dritter stattfinden darf.[1] Jedenfalls darf es den Verkehr nicht ganz untersagen. Ein Antrag, der diese Möglichkeit vorsah, wurde in der 2. Kommission[2] ausdrücklich abgelehnt, und auch aus allgemeinen Grundsätzen ist ein Recht des Vormundschaftsgerichts auf völlige Untersagung des Verkehrs nicht herzuleiten. De lege ferenda treten verschiedene[3] dafür ein, dem Vormundschaftsgerichte dieses Recht zu verleihen, doch dürften die Erwägungen, daß das Wohl des Kindes unter Umständen eine völlige Untersagung des Verkehrs erheischen könnte, lediglich für den Fall zutreffen, daß ein Elternteil bei Eingehung der Ehe bösgläubig oder an der Scheidung schuld war, nicht aber für den hier zu behandelnden Fall der Gutgläubigkeit beider Gatten. Hier dem nicht Fürsorgeberechtigten auch das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde zu entziehen, würde durchaus ungerechtfertigt sein.

Bei den weiteren Fragen, ob sich das Vormundschaftsgericht bei Erlaß seiner Anordnungen von den Interessen des Kindes oder denen der Eltern leiten zu lassen hat, und ob ein vertraglicher Verzicht der Eltern auf die ihnen in § 1636 gewährte Befugnis zulässig sei, stehen sich zwei Meinungen gegenüber:

Staudinger[4] steht auf dem Standpunkte, daß lediglich

---

[1] vgl. hierzu Zentralbl. Bd. 4 S. 263; Staudinger a. a. O. § 1636 Anm. 2a; Opet-Blume a. a. O. § 1636 Anm. 2.

[2] Prot. Bd. 4 S. 449.

[3] vgl. z. B. M. Philler a. a. O. S. 56.

[4] Staudinger a. a. O. § 1636 Anm. 2a, 6.

das Interesse des Kindes bei der Art der Regelung maßgebend, und daß ein Verzicht auf das Zutrittsrecht nichtig sei. In letzterer Hinsicht folgen ihm Planck (§ 1636 Anm. 7), Philler (a. a. O. S. 60) und Opet;[1] dieser mit der Begründung, daß ein solcher Verzicht mit dem Wesen des Kindschaftsverhältnisses unvereinbar sei.

Daß diese Erwägung nicht zutrifft, das ergibt sich aus dem Rechtsgebilde der Annahme an Kindesstatt, bei der ein Verzicht auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde durchaus möglich ist, ja sogar die Regel bilden wird. Denn daß den natürlichen Eltern ein Zutrittsrecht zum adoptierten Kinde zusteht, ist weder im Gesetze ausdrücklich gesagt noch kann es aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden.[2] Staudinger verweist zur Begründung seiner oben wiedergegebenen Auffassung auf die allgemeine Bemerkung, daß ein Verzicht auf die Sorge für die Person des Kindes unzulässig sei.[3] Diese Begründung kann aber keinesfalls zutreffen, denn das Zutrittsrecht ist gerade dem Elternteile gewährt, dem die Personensorge nicht zusteht. Für diese, die dem einen Elternteile der nichtigen Ehe genommen wird, und zwar nicht, wie bei der Adoption, auf Grund freier Entschließung, sondern kraft Gesetzes oder Richterspruchs, ist das Zutrittsrecht ein Ersatz, der dem von der Sorge für die Person ausgeschlossenen Elternteile gewährt wird, damit er die Möglichkeit behält, mit seinem Kinde in einer gewissen Beziehung zu bleiben. Diese Erwägung aber führt dazu, das Recht nicht als ein im Interesse des Kindes gegebenes zu betrachten, denn sein Wohl wird durch die Verteilung der Personensorge durch Gesetz oder

[1] Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB. S. 330.

[2] vgl. hierzu ERG. in Zivils. Bd. 64 S. 47.

[3] Staudinger a. a. O. Vorbem. VII vor § 1631.

Vormundschaftsgericht genügend wahrgenommen, sondern als ein, wie es Opet-Blume nennt, eigennütziges Elternrecht. Ist es aber ein solches, so folgt daraus auch, daß der zutrittsberechtigte Elternteil auf dieses eigennützige Recht mit bindender Kraft verzichten kann.[1]

Die durch § 1700 in Verbindung mit den bei der Scheidung geltenden Bestimmungen getroffene Regelung hat jedoch nur für den Fall Wirksamkeit, daß beide Elternteile leben. Stirbt dagegen ein Elternteil, so ist das Recht des anderen keiner Beschränkung mehr unterworfen. Der überlebende Vater erlangt die etwa der Mutter übertragene Personensorge, die überlebende Mutter die volle elterliche Gewalt, und es ist ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nur mehr unter den Voraussetzungen des § 1666 möglich.[2]

Für den Fall, daß der Vater die ihm zustehende elterliche Gewalt verwirkt, oder daß diese ruht, gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 1680, 1684, 1685 BGB., wie denn überhaupt, abgesehen von den besprochenen Sonderbestimmungen, die allgemeinen Grundsätze über das Verhältnis zwischen Eltern und ihren ehelichen Kindern Geltung haben.

§ 6.

Böser Glaube des Vaters.

Das im vorhergehenden Paragraphen geschilderte Verhältnis zwischen Eltern und Kindern aus nichtigen Ehen erleidet nun aber Änderungen für den Fall, daß ein Elternteil in dem eingangs geschilderten Sinne bösgläubig ist.

---

[1] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. § 1636 Anm. I, 3; Knitschky a. a. O. S. 159.

[2] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1635 Anm. 6.

Zunächst behandelt das Gesetz die Bösgläubigkeit des Vaters und bestimmt in § 1701, daß dieser nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte hat, die elterliche Gewalt vielmehr der Mutter zusteht. Dadurch wird das Kind im Verhältnisse zum Vater nicht etwa zu einem unehelichen — der Grundsatz seiner ehelichen Geltung bleibt vielmehr völlig unberührt —, sondern lediglich der Vater erleidet infolge seines bösen Glaubens eine Rechtseinbuße, er verliert die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte, vor allem die elterliche Gewalt. Einzeln sind diese Rechte erschöpfend aufgezählt bei Staudinger,[1] Planck[2] und anderen. Auf vermögensrechtlichem Gebiete kommt hierbei besonders in Frage, daß er weder unterhalts- noch erb- oder pflichtteilsberechtigt ist. Seine Stellung gleicht also, soweit Rechte in Frage kommen, der des unehelichen Vaters.[3] Und wie diesem, steht auch ihm nicht einmal das Recht zu, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Denn eine besondere Bestimmung, daß ihm dieses Recht verbleiben solle, etwa wie in § 1636, ist nicht getroffen, und aus allgemeinen Grundsätzen ist ein solches Recht nicht herzuleiten. Das ist auch in der Literatur die herrschende Auffassung.[4] Auf einem anderen Standpunkte stehen Fränkel[5] und Kuhlenbeck.[6] Sie wollen ein solches Recht anerkennen, soweit nicht das Vormundschaftsgericht eine andere

---

[1] Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 2.

[2] Planck a. a. O. § 1701 Anm. 3.

[3] Opet a. a. O. S. 327.

[4] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 2; M. Philler a. a. O. S. 66 f.; Spahn a. a. O. S. 81; Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 3b; Knitschky a. a. O. S. 273; Opet a. a. O. S. 327.

[5] Fränkel, Das Familienrecht des BGB. S. 166.

[6] Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. S. 146.

Bestimmung trifft. Worauf sie ihre Behauptung von dem Bestehen des Rechts und von der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, seine Ausübung zu regeln oder es auch ganz auszuschließen, stützen, geht aus ihren Ausführungen nicht hervor, und ihre Ansicht ist aus den oben angeführten Gründen abzulehnen.

Verliert somit zwar der bösgläubige Vater alle Rechte, die dem ehelichen Vater gegen sein Kind zustehen, so bleiben ihm doch andererseits sämtliche sich aus der ehelichen Vaterschaft ergebenden Pflichten. Die wichtigsten hiervon sind die, dem Kinde Aussteuer und Unterhalt zu gewähren. Über den Umfang der letzteren Verpflichtung und über ihre Voraussetzungen herrscht Streit. Der § 1606, der die Unterhaltspflicht der Eltern ihren ehelichen Abkömmlingen gegenüber regelt, bestimmt, daß der Vater regelmäßig vor der Mutter hafte, daß sich diese Reihenfolge aber umkehre, wenn der Mutter die Nutznießung am Kindesvermögen zustehe. Da diese Haftung der nutznießungsberechtigten Mutter aber, wie in § 5 der Abhandlung bereits ausgeführt ist, ohne Rücksicht darauf eintritt, ob die Nutznießung etwas abwirft oder ob überhaupt Kindesvermögen vorhanden ist, so würde eine Auslegung, die auch hier die Mutter, der bei Bösgläubigkeit des Vaters ja das Nutznießungsrecht zusteht, vor dem Vater haften ließe, diesen stark begünstigen, was doch gewiß nicht im Sinne der Gesetzesbestimmung in § 1701 liegt. Denn diese beruht auf dem auch bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1] zum Ausdruck gekommenen Gedanken, daß niemand aus seinem bösen Glauben Vorteil ziehen solle.[2]

---

[1] Prot. Bd. 4 S. 665.

[2] Scherer, Familienrecht des BGB. S. 368.

Während nun einige[1] der Meinung sind, daß die Bestimmung des § 1606 einer primären Unterhaltspflicht des Vaters entgegenstehe, sprechen sich die meisten[2] dahin aus, daß die volle Unterhaltspflicht des Vaters unberührt bleibe, also der Vater vor der Mutter hafte, ohne freilich eine Erklärung dafür zu geben, wie sich das mit dem Wortlaute des § 1606 verträgt. Um zu dem allein befriedigenden Ergebnisse, der Haftung des bösgläubigen Vaters vor der Mutter, zu gelangen, muß man mit M. Philler[3] den Umfang der Rechte, die dem Vater verloren gehen, auch auf die im Wege einer Einrede geltend zu machenden, worunter auch das Recht des Vaters aus § 1606 fällt, ausdehnen, eine Auslegung, die unbedenklich erscheint, denn das Gesetz macht in § 1701 keine Einschränkung dahin, daß dem Vater die im Wege der Einrede geltend zu machenden, aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte verbleiben sollten. Daß aber das Recht des Vaters aus § 1606 als ein in der Tatsache der ehelichen Vaterschaft bgründetes anzusehen sei, dürfte keinem Bedenken unterliegen.

Dieser umfassende Rechtsverlust tritt aber nur in der Person des Vaters ein, nicht auch hinsichtlich seiner Verwandten. Sie bleiben dem Kinde gegenüber erb- und unterhaltsberechtigt trotz Bösgläubigkeit des die Verwandtschaft vermittelnden Vaters, und der Großvater väterlicherseits bleibt vor dem mütterlichen Großvater zur Vormundschaft über das

---

[1] Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 543; Ahrens a. a. O. S. 17.

[2] Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 1; Müller, Das bürgerl. R. Bd. 2 S. 288; Endemann a. a. O. S. 882; unbestimmt Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 2.

[3] M. Philler a. a. O. S. 65.

Kind berufen.[1] Als Grund dieser Art der Regelung geben die Motive[2] an, und ihre Ausführungen geben die meisten ohne Kommentar wieder, daß eine andere Regelung eine ungerechtfertigte Härte gegen die Verwandten des Vaters bedeuten würde. Ob diese Erwägung allenthalben zutrifft — man denke z. B. an den Fall, daß die väterlichen Verwandten bei der Eheschließung ebenfalls um ihre Nichtigkeit wußten, ja vielleicht daran schuld waren —, und ob es nicht vielleicht richtiger gewesen wäre, auch bei ihnen auf den guten oder bösen Glauben abzustellen, kann dahingestellt bleiben. Denn nach geltendem Rechte stehen ihnen die sämtlichen Verwandtenrechte, also insbesondere auch Unterhalts- und Erbrecht ohne Rücksicht auf ihren guten Glauben zu.

Da der Vater mit sämtlichen Vaterrechten auch der elterlichen Gewalt entbehrt, so ist diese kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung auf die Mutter übertragen worden. Für ihren Inhalt gelten die allgemeinen Bestimmungen über die elterliche Gewalt der Mutter. Sie kann auf Grund eigenen Wunsches oder vormundschaftsgerichtlicher Anordnung — nur nicht, das ergibt sich aus den obigen Ausführungen, auf Grund einer Anordnung des Vaters — einen Beistand erhalten und hat, solange sie minderjährig ist, nur die Personensorge, während für das Kind ein Vormund zu bestellen ist.

Wenn die erste Verbindung auch tatsächlich keine Ehe war, im strengen Wortsinne also von einer Wiederverheiratung nicht gesprochen werden kann, so ist doch die Anwendung des § 1697 für den Fall, daß die Mutter nach der Nichtig-

---

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 3; Knitschky a. a. O. S. 273.

[2] Mot. Bd. 4 S. 846.

keitserklärung oder der Auflösung der nichtigen Ehe eine Ehe schließt, durch die Ähnlichkeit der Verhältnisse geboten.[1]

Stirbt die Mutter, so muß für das Kind ein Vormund bestellt werden.[2] Dem Vater fällt die elterliche Gewalt auf keinen Fall zu, welches auch immer das Schicksal der elterlichen Gewalt der Mutter sein mag.

§ 7.

Böser Glaube der Mutter.

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Mutter allein bösgläubig ist. Das Gesetz gibt ihr in § 1702 die Rechte, die im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen, und die Motive[3] begründen das mit der Analogie der Verhältnisse.

Nach den in § 1702 getroffenen Bestimmungen ist die Rechtslage der Mutter die folgende:

Der wichtigste Grundsatz ist, daß sie von der elterlichen Gewalt ausgeschlossen ist und ausgeschlossen bleibt. Solange der Vater lebt und die elterliche Gewalt hat, steht ihr weder gesetzliche Vertretung noch Personen- oder Vermögensfürsorge zu, doch kann das Vormundschaftsgericht, was die Personensorge betrifft, eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist (§ 1635 BGB.). Wie in § 5 der Abhandlung aus-

---

[1] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 4; Planck a. a. O. § 1701 Anm. 6.

[2] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 4; de Boor a. a. O. S. 55.

[3] Mot. Bd. 4 S. 847.

geführt worden ist, kann diese abweichende Anordnung nur in einer anderen Verteilung der Personensorge unter den Eltern bestehen. Das bedeutet für den hier zu behandelnden Fall, daß auch die bösgläubige Mutter die Personensorge oder einen Teil hiervon bei Lebzeiten des Vaters erhalten kann, aber nicht auf Grund eines ihr zustehenden Rechtes, sondern auf Grund einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung, zu der sie zwar die Anregung geben, die aber, wenn die abweichende Regelung nicht mehr erforderlich erscheint, vom Vormundschaftsgerichte jederzeit wieder aufgehoben werden kann.

Ein Recht dagegen hat die bösgläubige Mutter auf persönlichen Verkehr mit ihren Kindern (§ 1636). Über Regelung und Entziehbarkeit dieses Rechtes gilt das unter § 5 der Abhandlung Ausgeführte. Die bösgläubige Mutter steht also insofern — und wie gleich zu zeigen sein wird, auch in anderer Beziehung — besser als der bösgläubige Vater, der sämtlicher aus der Vaterschaft sich ergebender Rechte verlustig geht. Eine völlige Entziehung der Mutterschaftsrechte findet dagegen nicht statt, sondern nur eine Einschränkung dieser Rechte. Das erklärt sich daraus, daß auch die uneheliche Mutter dem Kinde gegenüber bestimmte Rechte hat, die in der Natur des Mutterschaftsverhältnisses, des ehelichen wie des unehelichen, begründet sind. Diese Rechte können auch der bösgläubigen Mutter nicht völlig abgesprochen werden. Sie erleiden nur eine Einschränkung, solange der gutgläubige Vater im Vollbesitze der elterlichen Gewalt ist.

Zu den Mutterschaftsrechten, die durch die elterliche Gewalt des Vaters nicht berührt werden, gehört unbestritten das Unterhalts-, Erb- und Pflichtteilsrecht gegenüber dem

Kinde,[1] so daß schon aus diesem Grunde die Bemerkung Opets,[2] der Ausdruck „Rechte“ in § 1702 Abs. 1 sei ungenau, da lediglich das Zutrittsrecht in Betracht komme, ungerechtfertigt erscheint.

Wie schon oben bemerkt worden ist, verschafft weder der Tod des Mannes noch seine Todeserklärung der Mutter die elterliche Gewalt, ebensowenig wie sie diese dadurch erlangt, daß der Vater sie verwirkt, oder daß sie ruht. Auch die Ausübung der Gewalt kann der Mutter nach § 1685 Abs. 2 auf ihren Antrag nicht übertragen werden, wenn die Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. Vielmehr ist in allen diesen Fällen für das Kind ein Vormund zu bestellen.

Doch macht sich einem solchen gegenüber das Mutterschaftsrecht, das, solange dem Vater die elterliche Gewalt zustand, bis auf ein Geringes beschränkt war, wieder verstärkt geltend. Hier ist nun zu unterscheiden:

Endigt die elterliche Gewalt des Vaters durch den Tod oder aus einem anderen Grunde, oder ruht sie wegen Geschäftsunfähigkeit des Vaters oder deswegen, weil das Vormundschaftsgericht festgestellt hat, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung tatsächlich verhindert ist, so erlangt die bösgläubige Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, und der Vormund steht insofern einem Beistande gleich (§ 1702 Abs. 2 u. 3). Das hat zur Folge, daß bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Mutter und Vormund die erstere den Ausschlag gibt, insoweit es sich um die Sorge für die Person des Kindes handelt, unbeschadet

---

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1702 Anm. 4.

[2] Opet a. a. O. S. 326.

des Rechts des Vormundes, nach § 1689 das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten zu veranlassen.[1] Dagegen wird in den Fällen, in denen eine Frage zwischen Mutter und Vormund streitig wird, die sowohl die Person wie das Vermögen des Kindes betrifft, § 1629 anwendbar und daher die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts anzurufen sein.[2]

Für den Fall des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters ist hier jedoch zu bedenken, daß, wenn das Ruhen aufhört, das Recht der Mutter wieder in Wegfall kommt. Ihre Befugnisse richten sich dann wieder nach Abs. 1 § 1702. Gleiches gilt, wenn der Vater die elterliche Gewalt, deren er verlustig gegangen war, wieder zurückerlangt.[3]

Anders dagegen liegt der Fall, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht, weil dieser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach § 1910 Abs. 1 BGB. einen Pfleger erhalten hat. In diesen Fällen verliert der Vater die Personensorge nicht völlig, sie steht ihm vielmehr trotz des Ruhens der Gewalt neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes, dem Vormunde, zu, wobei er sich freilich bei Meinungsverschiedenheiten diesem unterordnen muß (§ 1676 Abs. 2). Da die Personensorge in dieser Weise zwischen Vater und Vormund verteilt ist, so ist für eine Teilnahme der bösgläubigen Mutter an dieser Sorge kein Raum mehr, und sie hat daher in diesen Fällen nur die Rechte der geschiedenen, allein für schuldig erklärten Frau.[4]

---

[1] vgl. hierzu Fränkel a. a. O. S. 166.

[2] Opet a. a. O. S. 327.

[3] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1702 Anm. 1b; Planck a. a. O. § 1702 Anm. 3.

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1702 Anm. 1b Abs. 4.

Die Stellung einer solchen und nicht die einer unehelichen Mutter weist das Gesetz der bösgläubigen Frau an, und es ist daher M. Philler[1] recht zu geben, daß es bei Beantwortung der Frage, welche Rechte der bösgläubigen Mutter zustehen, nicht darauf ankommt, welches die Stellung der unehelichen Mutter ist, wenn auch in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch[2] und in der Literatur[3] hin und wieder der Gedanke auftaucht, daß der bösgläubigen Mutter Rechte, die der unehelichen zustehen, nicht entzogen werden könnten. Bei dem unzweideutigen Wortlaute des Gesetzes kommt es aber lediglich auf die Rechte der allein für schuldig erklärten Frau an. Doch ist den Folgerungen, die M. Philler[4] hieraus zieht, nicht allenthalben beizupflichten. So spricht er der bösgläubigen Mutter das Recht ab, nach dem Tode des Vaters ihre Einwilligung zur Verehelichung des minderjährigen Kindes nach § 1305 BGB. zu erklären oder zu verweigern. Seine Ausführungen stützen sich darauf, daß dieses Einwilligungsrecht ein Ausfluß der elterlichen Gewalt sei. Daß das unzutreffend ist, ergibt sich schon aus dem Texte des § 1305, der das Recht auch der unehelichen Mutter zugesteht. Wenn freilich aus diesem Grunde — weil der unehelichen Mutter dieses Recht zukommt — Knitschky[5] und Planck[6] es auch für die bösgläubige Mutter anerkannt wissen wollen, so ist diese Begründung allerdings, wie schon oben ausgeführt worden ist, nicht als stichhaltig zu bezeichnen.

---

[1] M. Philler a. a. O. S. 70.

[2] Mot. Bd. 4 S. 847; Denkschr. S. 237.

[3] Liebe a. a. O. S. 365; Opet-Blume a. a. O. § 1702 Anm. 1; Erler a. a. O. S. 78.

[4] M. Philler a. a. O. S. 71.

[5] Knitschky a. a. O. S. 273.

[6] Planck a. a. O. § 1702 Anm. 4.

Wie schon in den Motiven[1] ausgesprochen worden ist, handelt es sich bei dem Konsensrechte um ein von Personensorge und elterlicher Gewalt unabhängiges, eigenartiges Recht der Eltern, das in dem zwischen Eltern und Kind bestehenden Pietätsverhältnisse begründet ist und durch die Scheidung in keiner Weise beeinflußt wird, das also auch der an der Scheidung schuldigen und der ihr gleichstehenden bösgläubigen Ehefrau zusteht.[2]

Die gleichen Erwägungen treffen auch zu hinsichtlich des Rechts auf Einwilligung zur Adoption (§ 1747). Dieses Recht hat die bösgläubige Mutter schon zu Lebzeiten des Vaters, denn das Gesetz macht für den Fall der Scheidung keine Ausnahme von dem Grundsatze, daß das Konsensrecht zur Annahme an Kindesstatt bei einem noch nicht 21 Jahre alten Kinde beiden Eltern zusteht.[3]

Endlich mag noch das Recht der Mutter erwähnt werden, wenn die Voraussetzungen des § 1617 vorliegen, also das Kind ihrem Hausstande angehört und von ihr erzogen und unterhalten wird, zu verlangen, daß es nach seiner Lebensstellung und seinen Kräften in ihrem Hauswesen Dienste leiste.[4]

Andererseits wird an der Verpflichtung der Mutter zur Gewährung von Unterhalt an das Kind und — unter den Voraussetzungen des § 1620 BGB. — zur Gewährung einer Aussteuer an die Tochter durch ihre Bösgläubigkeit nichts

---

[1] Mot. Bd. 4 S. 27, 84.

[2] Staudinger a. a. O. §§ 1305 Anm. 5 Abs. 1, 1635 Anm. 6 Abs. 2.

[3] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1747 Anm. 1a; and. A. M. Philler a. a. O. S. 70.

[4] vgl. hierzu M. Philler a. a. O. S. 71; de Boor a. a. O. S. 59.

geändert,[1] entsprechend dem leitenden Grundsatze, daß niemand aus seinem bösen Glauben Vorteil ziehen soll.

Eine Sonderbestimmung für die bösgläubige Mutter ist noch in § 1899 Abs. 3 BGB. getroffen. Hier ist bestimmt, daß sie nicht zur Vormundschaft über ihr volljähriges Kind berufen ist. Sie hat also kein Recht darauf, wie sonst die eheliche Mutter, Vormund ihres volljährigen Kindes zu werden. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß sie von dieser Vormundschaft ausgeschlossen sei. Das ergibt § 1900 Abs. 2, der ihre Bestellung vor den Großeltern ausdrücklich zuläßt.

M. Philler[2] hat nun die Frage aufgeworfen, wie es mit der Fähigkeit der bösgläubigen Mutter, Vormund ihres minderjährigen Kindes zu werden, stehe, und kommt dabei zu dem Ergebnisse, daß sie nicht Vormund werden könne. Wenn ihm auch darin recht zu geben ist, daß es auf die Vormundsfähigkeit der unehelichen Mutter hierbei nicht ankomme, so sind doch seine weiteren Ausführungen, daß die bösgläubige Mutter um deswillen nicht vormundsfähig sei, weil auch die allein für schuldig erklärte Ehefrau dieser Fähigkeit ermangle, abzulehnen. Er geht hier offenbar von der Meinung aus, daß im Falle der Scheidung nach dem Tode des nicht für schuldig erklärten Ehemannes für das Kind ein Vormund bestellt werden müsse, und übersieht hierbei, daß § 1635 die Vertretung und die Personensorge nur für den Fall regelt, daß beide Gatten leben. Stirbt aber einer von ihnen, so kommen die allgemeinen Vorschriften über Personensorge und elterliche Gewalt zur Anwendung.

---

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1702 Anm. 4; Planck a. a. O. § 1702 Anm. 4.

[2] M. Philler a. a. O. S. 74.

Auch die schuldige Ehefrau erlangt beides.[1] Demnach ist der Hinweis auf die allein für schuldig erklärte Ehefrau unzutreffend. Da nun eine besondere Bestimmung, nach der die bösgläubige Mutter der Vormundschaft über ihr unmündiges Kind für unwürdig erklärt wird, nicht besteht, so könnte dies nur aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden. Eine solche Folgerung kann aber angesichts des Umstandes, daß auch die uneheliche Mutter Vormund ihrer Kinder werden kann, und daß das Gesetz in § 1900 die Fähigkeit der Mutter, Vormund ihres volljährigen Kindes zu werden, ausdrücklich anerkennt, nicht gezogen werden. Es steht sonach nichts entgegen, daß die bösgläubige Mutter zum Vormunde für ihr minderjähriges Kind bestellt wird.

Die durch § 1702 getroffene Regelung bezieht sich nur auf das Rechtsverhältnis zwischen Mutter und Kind. An der ehelichen Geltung des Kindes sowie an seinem Verhältnisse zu seinem Vater und den Verwandten beider Elternteile wird durch den bösen Glauben der Mutter nichts geändert.

§ 8.

Rechtliche Stellung der als unehelich geltenden Kinder.

War im vorstehenden die rechtliche Stellung der Kinder behandelt, die trotz Nichtigkeit der Ehe als eheliche gelten, so bleibt nunmehr noch zu untersuchen, ob die Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen, die dieses Vorzugs nicht teilhaftig werden, gegenüber der, die den unehelichen Kindern

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1635 Anm. 6; ERG. in Zivils. Bd. 62 S. 286 f.

schlechthin gebührt und in den §§ 1705 f. geregelt ist, irgendwelche Besonderheiten bietet.

Welche Kinder als unehelich zu gelten haben, wenn die Ehe der Eltern nichtig ist, ist schon oben ausgeführt, ebenso daß in diesem Punkte der 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf einem wesentlich anderen Standpunkte stand als das Bürgerliche Gesetzbuch, da er die eheliche Geltung den Kindern auch bei Bösgläubigkeit beider Gatten nicht versagte. Von diesem Standpunkte aus war es nicht nötig, Sondervorschriften zugunsten der Kinder solcher bösgläubiger Gatten zu treffen.

Das Aufgeben des Standpunktes des Entwurfes führte zur Einfügung der jetzt in § 1703 BGB. enthaltenen Sonderbestimmung. Nach dieser kann ein Kind, das um deswillen nicht als ehelich gilt, weil beiden Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, gleichwohl von dem Vater, solange er lebt, Unterhalt wie ein eheliches Kind verlangen.

An der sonstigen Stellung des Kindes als eines unehelichen ändert diese Sonderbestimmung nichts. Es bleibt also dabei, daß es nicht unter elterlicher Gewalt steht, sondern einen Vormund erhält, daß es mit den durch die §§ 1705 f. begründeten Abweichungen der Mutter und ihren Verwandten gegenüber die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat, daß es den Familiennamen der Mutter trägt, und daß es zu seinem Vater und dessen Verwandten in keinem Verwandtschaftsverhältnisse steht.[1]

Da wir es bei der Bestimmung des § 1703 mit einer Ausnahmebestimmung zu tun haben, erscheint eine analoge Ausdehnung des darin dem Kinde gewährten Rechts auf

---

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1703 Anm. 1.

andere einem ehelichen Kinde seinem Vater gegenüber zustehende Ansprüche, insbesondere auf das Recht auf Aussteuer, unzulässig. Das ist auch bereits bei der Beratung der Bestimmung[1] zum Ausdrucke gekommen und wird allgemein anerkannt.[2]

Über die Voraussetzungen des dem Kinde nach § 1703 zustehenden Unterhaltsanspruchs und seinen Umfang entscheiden — von einer noch zu erwähnenden Ausnahme abgesehen — die in den §§ 1601 f. des Gesetzbuchs enthaltenen allgemeinen Grundsätze.

Nach diesen kann das volljährige Kind Unterhalt nur dann verlangen, wenn es außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, das minderjährige und unverheiratete aber schon dann, wenn die Einkünfte seines Vermögens und der Ertrag seiner Arbeit zu seinem Unterhalte nicht ausreichen (§ 1602). Doch tritt die Unterhaltspflicht dann nicht ein, wenn das Kind den Unterhalt von seinen Abkömmlingen erlangen kann. Diese haften vor dem Vater (§ 1606 Abs. 1). Dagegen haftet der Vater vor der Mutter, der ja nach § 1707 die Nutznießung am Kindesvermögen nicht zusteht (§ 1606 Abs. 2). Nach § 1603 ist der Vater dann nicht unterhaltspflichtig, wenn er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen standesgemäßen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren, doch hat er unter den weiteren Einschränkungen des § 1613 Abs. 2, solange das Kind minderjährig und unverheiratet ist, alle verfügbaren Mittel zu seinem und des Kindes Unterhalt gleichmäßig zu verwenden.

---

[1] Prot. Bd. 4 S. 669.

[2] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1703 Anm. 7; Erler a. a. O. S. 80.

Zu gewähren ist der der Lebensstellung des Berechtigten entsprechende standesgemäße Unterhalt (§ 1610), der sich jedoch in den Fällen des § 1611 auf den notdürftigen verringert.

Für die Art der Gewährung des Unterhalts gilt zunächst die Bestimmung in § 1612 Abs. 1, daß die Regel die Entrichtung einer Geldrente bilde, daß der Verpflichtete aber aus besonderen Gründen verlangen könne, daß ihm die Unterhaltsgewährung in anderer Form gestattet werde. Dagegen ist die Anwendbarkeit des Abs. 2 § 1612 durch den Schlußsatz des § 1703 ausgeschlossen worden. Nach § 1612 Abs. 2 können unterhaltspflichtige Eltern frei bestimmen, in welcher Art und auf welche Zeit im voraus sie einem unverheirateten Kinde den Unterhalt gewähren wollen, und nur auf Antrag des Kindes kann das Vormundschaftsgericht abändernd eingreifen. Dieses Recht hat der bösgläubige Vater nicht. Für seine Unterhaltspflicht bildet demnach die Zahlung der Geldrente, die nach § 1612 Abs. 3 in Verb. mit § 760 BGB. auf drei Monate im voraus zu zahlen ist, die Regel, und die Art der Unterhaltsgewährung ist so die gleiche wie die im § 1710 für den unehelichen Vater festgesetzte, nur daß dem bösgläubigen Vater das in § 1612 Abs. 1 festgesetzte Recht zusteht, zu verlangen, daß ihm aus besonderen Gründen eine andere Art der Unterhaltsgewährung gestattet werde. Dagegen unterscheidet sich die in § 1703 begründete Verpflichtung wesentlich dadurch von der sonst dem unehelichen Vater obliegenden, daß die Beschränkung der Verpflichtung auf die Zeit bis zum 16. Lebensjahre des Kindes, die mit wenigen Ausnahmen § 1708 ausspricht, wegfällt.

Diese Sonderbestimmung gilt jedoch nur so lange, als der Vater lebt. Stirbt er, so treten die allgemein für uneheliche

Kinder geltenden Bestimmungen ein, d. h. das Kind kann, falls es noch nicht 16 Jahre alt ist oder wenn ein Fall des § 1708 Abs. 2 vorliegt, von den Erben des Vaters den — nunmehr der Lebensstellung der Mutter entsprechenden — Unterhalt fordern, doch können die Erben sich ihrer Verpflichtung dem Kinde gegenüber durch Abfindung nach § 1712 Abs. 2 entledigen.[1] Ein Erbrecht hat das Kind dem Vater gegenüber nicht.

Eine Streitfrage ist, ob der bösgläubige Vater auch die Kosten der Beerdigung des Kindes wie ein ehelicher Vater zu tragen hat. Das ist für den Fall von Bedeutung, wenn das Kind bei seinem Tode das 16. Lebensjahr erreicht hat.[2] Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt auch der uneheliche Vater verpflichtet, die Beerdigungskosten zu tragen, falls sie nicht von dem Erben des Kindes erlangt werden können. Aber auch nach diesem Zeitpunkte bleibt die Verpflichtung für den bösgläubigen Vater bestehen. Der § 1703 legt ihm die Unterhaltspflicht eines ehelichen Vaters auf. Diese bestimmt sich nach dem 3. Titel des 2. Abschnittes im 4. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der die Überschrift trägt „Unterhaltspflicht" und in seinem letzten Paragraphen (§ 1615) ausdrücklich bestimmt, daß der Unterhaltsverpflichtete im Falle des Todes des Berechtigten die Beerdigungskosten zu tragen habe, soweit ihre Bezahlung von den Erben nicht zu erlangen sei.

Es hätte nun, wie M. Philler[3] mit Recht ausführt, einer besonderen Bestimmung bedurft, daß die in § 1703 festgesetzte Unterhaltspflicht sich auf die Pflicht zur Tragung der Beerdigungskosten nicht mit erstrecken solle, wenn man diese

---

[1] Staudinger a. a. O. § 1703 Anm. 3; Knitschky a. a. O. S. 274.

[2] Planck a. a. O. § 1705 Anm. 1 d.

[3] M. Philler a. a. O. S. 45.

habe ausschließen wollen. Diese auch von den meisten[1] geteilte Ansicht wird durch die von Opet und Opet-Blume[2] gemachten Ausführungen, daß die Anerkennung dieser Verpflichtung des Vaters nur der ebenfalls bösgläubigen Mutter zugute kommen würde, diese vor anderen unehelichen Müttern zu begünstigen aber durchaus kein Anlaß vorliege, nicht entkräftet, denn die Stellung des die Beerdigungspflicht begründenden § 1615 ergibt unzweideutig, daß das Gesetz diese Pflicht als einen Teil der Unterhaltspflicht auffaßt.

Schließlich ist noch darauf einzugehen, ob die Bestimmung in § 1703 die Vorschriften der §§ 1705 f., soweit sie die Unterhaltsansprüche eines unehelichen Kindes regeln, ausschließt, oder ob das Kind aus der nichtigen Ehe zwischen beiden Ansprüchen ein Wahlrecht hat. Daß der Unterschied zwischen beiden Ansprüchen von nicht unerheblicher Bedeutung sein kann, erhellt daraus, daß bei dem Unterhaltsanspruche des ehelichen Kindes auf den Stand des Vaters, bei dem des unehelichen aber auf den Stand der Mutter abzustellen ist. Würde also die Lebensstellung der Mutter eine höhere sein als die des Vaters, so würde das Kind, wenn ihm das Wahlrecht zustünde, bis zum 16. Lebensjahre den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes geltend machen, dann aber, da dieser Anspruch mit dem 16. Lebensjahre aufhört, sich auf § 1703 berufen und auf Grund dieser Bestimmung nunmehr den Unterhalt eines ehelichen Kindes fordern können.

Betrachtet man zunächst einmal den Wortlaut des § 1703, so ist zuzugeben, daß nach dem Worte „kann“ die Annahme eines Wahlrechts zunächst nicht ausgeschlossen erscheint, und

[1] Staudinger a. a. O. § 1703 Anm. 2; Planck a. a. O. § 1703 Anm. 1d; Kuhlenbeck, BGB. S. 658.

[2] Opet a. a. O. S. 339; Opet-Blume a. a. O. § 1703 Anm. 4.

das um so mehr, als sich eine ähnliche Fassung in § 1345 findet. Dort aber liegt ein Wahlrecht vor. Das ergibt sich unzweifelhaft aus § 1347, der die Rechtsfolgen der Ausübung des Wahlrechts bestimmt. Mit Recht aber weist de Boor[1] darauf hin, daß sich eine dem § 1347 entsprechende Bestimmung zu § 1703 im Gesetze nicht findet, und wenn auch aus diesem Grunde die Annahme eines Wahlrechts nicht ausgeschlossen erscheint, so spricht doch zunächst die Entstehungsgeschichte des Gesetzes dagegen.

In der 2. Kommission war angeregt worden, den Kindern, solange sie minderjährig und ledig seien, das Recht zuzusprechen, die Unterhaltsgewährung auch nach den für uneheliche Kinder geltenden Vorschriften zu verlangen. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, da ein Wahlrecht zu Zweifeln hinsichtlich der Ausübung Veranlassung geben würde, ein Recht auf die etwaige Differenz aber um deswillen abzulehnen sei, weil es unangemessen sei, auszusprechen, daß einem als unehelich geltenden Kinde weitere Rechte zustehen sollten als einem ehelichen.[2] Auf Grund dieser von der Mehrheit der Kommissionsmitglieder kundgegebenen Ansicht und der Erwägung, daß der Wortlaut des § 1703 keinesfalls zur Annahme eines Wahlrechts zwinge, haben die meisten Schriftsteller sich für eine Verneinung des Wahlrechts entschieden.[3] Auf einem anderen Standpunkte steht Planck.[4] Was er jedoch für seine Ansicht vorbringt, daß § 1703 das Kind nur besser stellen wolle als ein sonstiges uneheliches, daß dieser

---

[1] de Boor a. a. O. S. 46.

[2] Prot. Bd. 4 S. 669.

[3] Staudinger a. a. O. § 1703 Anm. 6; Erler a. a. O. S. 79; ebenso im Endergebnisse: Opet-Blume a. a. O. § 1703 Anm. 2.

[4] Planck a. a. O. § 1703 Anm. 1.

Zweck aber unter Umständen bei Verneinung des Wahlrechts vereitelt werden würde, ist nicht durchschlagend. Denn einmal spricht die Entstehungsgeschichte der Bestimmung gegen diese Auslegung, sodann aber liegt kein Grund vor, das Wahlrecht um deswillen zuzubilligen, weil unter Umständen einmal das Kind mit dem Anspruche eines ehelichen schlechter fahren könnte als mit dem des unehelichen. Wenn der Zweck der Bestimmung im § 1703 auch der ist, dem Kinde durch Zubilligung des Unterhaltsanspruchs eines ehelichen Vorteile zu verschaffen, so erscheint es doch nicht angängig, ihm ohne weiteres den Anspruch des unehelichen Kindes zu geben, wenn dieser einmal im einzelnen Falle für das Kind günstiger ist; denn es bleibt zu bedenken, daß die Vorteile, die das Kind durch den nicht mit dem 16. Lebensjahre endenden Unterhaltsanspruch erhält, eine zufällige zwischen ehelichem und unehelichem Unterhaltsanspruche zugunsten des letzteren bestehende Differenz bei weitem aufwiegen.

Wie oben ausgeführt worden ist, gelten Kinder aus nichtigen Ehen in zwei Fällen als unehelich. Einmal, wenn eine formungültige Ehe nicht einmal ins Heiratsregister eingetragen worden ist, zum anderen, wenn bei einer relativ nichtigen Ehe beide Ehegatten als bösgläubig anzusehen sind. Gilt nun § 1703 für beide Fälle?

Hier ergibt sich die richtige Auslegung aus dem Wortlaute des Gesetzes. Denn dieses spricht von Kindern, die nicht als ehelich gelten, weil beiden Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war. Diese Abhängigkeit der Ehelichkeit der Kinder vom guten oder bösen Glauben der Eltern kennt das Gesetz aber nur bei den relativ nichtigen Ehen, nicht aber, wie oben ausgeführt worden ist, bei den absolut nichtigen. Denn bei diesen kommt es für die Frage

der Ehelichkeit auf den guten oder bösen Glauben der Gatten nicht im geringsten an, sie sind und bleiben ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Gatten von der Nichtigkeit absolut nichtig, und die Kinder sind stets unehelich. Das entspricht durchaus der Tendenz des Gesetzes, das solchen Nichtehen konsequent jede Geltung versagt. Hätte zugunsten des Unterhaltsrechtes der Kinder von dieser strengen Regel eine Ausnahme gemacht werden sollen, so hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Diese aber fehlt im Gesetze. Fassung und Tendenz des § 1703 lassen eine Anwendung dieser Vorschrift auf absolut nichtige Ehen als ausgeschlossen erscheinen.[1]

§ 9.

Wegen Drohung anfechtbare Ehen.

Eine weitere Sonderbestimmung enthält § 1704 BGB. für den Fall einer wegen Drohung anfechtbaren Ehe.

Für anfechtbare Ehen gilt hinsichtlich der Stellung der Kinder im allgemeinen das gleiche wie für nichtige Ehen, nur ist nicht auf die Kenntnis der Nichtigkeit bei der Eheschließung, sondern auf die Kenntnis der Anfechtbarkeit abzustellen. Denn eine anfechtbare Ehe wird erst nach erfolgreicher Anfechtung als nichtig angesehen, und wenn man sich streng an den Wortlaut des § 1699 halten wollte, wäre es bei der anfechtbaren Ehe ausgeschlossen, daß ein Ehegatte bei der Eheschließung ihre Nichtigkeit kennt.[2] Daß das aber nicht der Sinn des Gesetzes ist, sondern daß es bei der anfechtbaren Ehe auf die Kenntnis der Anfechtbarkeit ankommt,

[1] So auch Staudinger a. a. O. § 1703 Anm. 8; Planck a. a. O. § 1703 Anm. 3; M. Philler a. a. O. S. 42; Fränkel a. a. O. S. 166; and. A. ohne Begründung Knitschky a. a. O. S. 274.

[2] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. Vorbem. 3b zu §§ 1699 f.

ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 1704, nach der der durch Drohung zur Eheschließung bestimmte Ehegatte nach erfolgreicher Anfechtung einem Ehegatten gleichgestellt wird, dem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt, der also im Sinne der §§ 1699 f. gutgläubig war. Diese Regelung entspricht der Billigkeit und dient dem Interesse des anfechtungsberechtigten Gatten wie dem der Kinder.[1] Würde die Bestimmung fehlen, so würde der anfechtungsberechtigte Ehegatte nicht die Vorteile des gutgläubigen Gatten, die Kinder, wenn der andere Teil die Drohung verübt oder bei der Eheschließung darum gewußt hätte, nicht die Vorteile ehelicher Geltung erlangen; denn die Anfechtbarkeit war dem Bedrohten — in der Regel wenigstens — bekannt, nur stand er bei der Eheschließung unter dem Drucke dieser Drohung. Würde das nicht berücksichtigt und der bedrohte Gatte als bösgläubig behandelt werden, so würde das für ihn häufig ein Hindernis sein, das Anfechtungsrecht geltend zu machen. Hier schafft § 1704 Abhilfe. Es stellt den, der zwar unter Kenntnis des Anfechtungsgrundes, aber nicht aus freiem Willen, sondern unter dem Drucke psychischen Zwanges die Ehe geschlossen hat, dem gutgläubigen Ehegatten gleich. Im übrigen hängt es für die Anwendung der §§ 1699 f. davon ab, wer der bedrohte Teil war, und ob der andere Teil von der Drohung wußte oder ein anderer sie ohne sein Wissen verübte.[2] So kann es vorkommen, daß in einer wegen Drohung angefochtenen Ehe beide Teile als gutgläubig gelten.

Erwähnt sei noch, daß sich eine dem § 1704 ähnliche Bestimmung in den §§ 1345, 1346 BGB. findet.

---

[1] vgl. hierzu Meisner a. a. O. S. 267.

[2] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. § 1704 Anm. 1; Planck a. a. O. § 1704 Anm. 1.

§ 10.

Durch nachfolgende Ehe legitimierte Kinder.

Die Vorschriften der §§ 1699 ff. gelten nicht nur dann, wenn die Kinder nach Eingehung der nichtigen oder anfechtbaren Ehe geboren sind, sondern finden auch dann Anwendung, wenn das Kind zunächst als uneheliches geboren war, dann aber der Vater mit der Mutter des Kindes eine eheliche Verbindung einging, die nichtig oder anfechtbar war. Das ist ausdrücklich in § 1721 BGB. bestimmt und in den Motiven[1] damit begründet, daß die Herbeiführung der Legitimation häufig der Hauptgrund zur Eheschließung sein dürfte, es auch unnatürlich sein würde, wenn Kinder derselben Eltern im Verhältnisse zu diesen und ihren Verwandten verschieden behandelt werden würden, je nachdem sie vor oder nach der wenn auch fehlerhaften Eheschließung geboren wären.

§ 11.

Geltendmachung der Rechtsfolgen aus den §§ 1699 f.

Ist im vorstehenden die besondere rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen und mit Erfolg angefochtenen Ehen geschildert worden, so bleiben nunmehr noch zwei Fragen zu beantworten: Unter welchen Voraussetzungen tritt diese besondere Rechtsstellung der Kinder ein und wie wird sie geltend gemacht?

Was zunächst den frühesten Zeitpunkt der Geltendmachung dieser Rechtsstellung anlangt, so gibt darauf § 1329

[1] Mot. Bd. 4 S. 929.

in Verb. mit § 1343 Abs. 2 die Antwort, daß eine solche ausgeschlossen ist, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist.

Es bedarf also zunächst unbedingt der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe. Die erstere erfolgt durch ein auf eine erfolgreiche Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage ergehendes Urteil, das die Nichtigkeit der Ehe ausspricht. Dieses Urteil schafft nicht die Nichtigkeit, sondern stellt sie nur als von Anfang an vorhanden fest. Es ist nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch. Das Verfahren ist im 6. Buche der Zivilprozeßordnung besonders geregelt.

Vor der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils darf, solange die Ehe besteht, die Nichtigkeit inzidenter in anderen Prozessen nicht geltend gemacht werden, doch hat das Gericht, wenn die Entscheidung eines Prozesses von der Nichtigkeit einer noch bestehenden Ehe abhängt, auf Antrag das Verfahren auszusetzen und, falls die Nichtigkeitsklage noch nicht erhoben ist, eine Frist zur Erhebung der Klage zu bestimmen. Das und die weitere Behandlung ist in § 151 ZPO. geregelt.

Bemerkt mag hier noch werden, daß, solange die Ehe besteht, eine lediglich auf Feststellung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, nicht auf Nichtigkeitserklärung gerichtete Klage unzulässig erscheint, weil für das Interesse des Klägers ja die Nichtigkeitsklage zur Verfügung steht, es also an dem nach § 256 ZPO. erforderlichen rechtlichen Interesse an der bloßen Feststellung fehlt. Dagegen ist natürlich, wenn von anderer Seite die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe behauptet wird, jeder, der ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Gültigkeit der Ehe hat, berechtigt, eine dahingehende Feststellungsklage nach § 256 ZPO. zu erheben.[1]

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1329 Anm. 4.

Ist eine Nichtigkeitserklärung der Ehe nicht erfolgt, so können die sich aus §§ 1699 f. ergebenden Folgen nur geltend gemacht werden, wenn die Ehe bereits aufgelöst ist. Aufgelöst wird eine Ehe durch den Tod eines der Ehegatten, durch Wiederverheiratung eines Gatten, dessen Ehegatte für tot erklärt worden ist (§ 1348 Abs. 2), und durch Scheidung. In diesen Fällen bedarf es der Nichtigkeitserklärung durch Urteil nicht, um die sich aus der Nichtigkeit ergebenden Rechtsfolgen geltend zu machen.

Treten aber mit der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils oder mit der Auflösung der Ehe die in den §§ 1699 f. bezeichneten Rechtsfolgen für Kinder und Eltern, insbesondere die Folgen der Bösgläubigkeit eines Elternteils, ohne weiteres ein, können mithin diese Folgen von diesem Zeitpunkte an von jedem unbeschränkt geltend gemacht werden oder bedarf es zur Feststellung der Bösgläubigkeit stets erst eines besonderen hierauf gerichteten Verfahrens und treten die Folgen der Bösgläubigkeit erst nach deren rechtskräftiger Feststellung ein?

Die letztere Ansicht wird von Dernburg vertreten; die erstere ist die herrschende.

Auch Dernburg[1] erkennt zwar an, daß das rechtskräftige Nichtigkeitsurteil die nichtige Ehe zum Nichtsein für die Zukunft verurteilt und für die Vergangenheit feststellt, daß die Ehe niemals eine gültige war. Insoweit, so führt er weiter aus, habe das Erkenntnis rückwirkende Kraft, aber diese Rückwirkung sei keine allgemeine, wie sie von der herrschenden Lehre angenommen und wie sie zu Unrecht aus nicht Gesetz gewordenen Stellen früherer Entwürfe — ge-

[1] Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 § 21 IV.

meint ist der obenerwähnte § 1252 Abs. 2 des 1. Entw. — gefolgert würde. In weiterer Durchführung dieses Gedankens kommt dann Dernburg bei der Besprechung der Rechtsstellung von Kindern aus nichtigen Ehen[1] hinsichtlich der Bösgläubigkeit des Vaters zu dem Ergebnisse, daß es, um die in § 1701 festgesetzten Rechtsfolgen geltend machen zu können, zuvor der rechtskräftigen Entscheidung auf eine auf Feststellung der Bösgläubigkeit gerichtete Klage hin bedürfe, die von der Mutter oder dem durch einen Pfleger vertretenen Kinde gegen den Vater zu erheben sei und zum Gegenstande die richterliche Anerkennung des Nichtbestehens der elterlichen Gewalt des Vaters habe. Bis zur Rechtskraft dieses auf die Feststellungsklage ergehenden Urteils soll die elterliche Gewalt des Vaters in gleicher Weise fortbestehen, wie sie vor der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe bestanden habe, so daß also die bis zur Rechtskraft des Feststellungsurteils vom Vater in Vertretung des Kindes vorgenommenen Rechtshandlungen volle Wirksamkeit haben und Dritte somit geschützt sein sollen. Die elterliche Gewalt soll für die Mutter erst bei rechtskräftiger Feststellung der Bösgläubigkeit des Vaters eintreten. Zur Begründung seiner Ansicht führt Dernburg noch besonders an, daß eine andere Auslegung, die die Ungültigkeit der vom Vater als solchem bis zur rechtskräftigen Feststellung seiner Bösgläubigkeit abgeschlossenen Geschäfte zur Folge haben würde, gegen die Absicht des Gesetzes verstoßen würde und daher abzulehnen sei.

Auch für den Fall der Schlechtgläubigkeit der Mutter verlangt Dernburg, daß der Geltendmachung ihrer Folgen ihre rechtskräftige Feststellung voraufzugehen habe.[2]

---

[1] Dernburg a. a. O. § 86 II
[2] Dernburg a. a. O.

Ohne weiteres ist mit Eck[1] und Opet-Blume[2] zuzugeben, daß durch die Dernburgsche Auslegung die Rechtssicherheit gefördert werden würde, aber ebenso ist ihnen darin recht zu geben, und mit ihnen der herrschenden Ansicht, daß diese Lehrmeinung Dernburgs im Gesetze keine Stütze findet. Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft darüber, wie die Bösgläubigkeit eines Ehegatten einer nichtigen Ehe festgestellt werden soll, keine Sonderbestimmungen,[3] und es bewendet daher bei den allgemeinen Bestimmungen über die Geltendmachung der Nichtigkeit einer Ehe nach Nichtigkeitserklärung oder Auflösung. Der allgemeine Grundsatz ist hier aber der, daß die Geltendmachung der Nichtigkeit bis dahin ausgeschlossen, von diesem Zeitpunkte an aber unbeschränkt zulässig ist. Gewiß kann die Bösgläubigkeit eines Elternteils in einem Prozesse zwischen Eltern und Kind festgestellt werden — und geschieht das, so wirkt, da auf einen solchen Rechtsstreit die Vorschriften des 6. Buches der Zivilprozeßordnung Anwendung finden, das Urteil, wenn es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, für und gegen alle —, doch kann die Bösgläubigkeit ebensogut in einem anderen Prozesse, auch inzidenter — dann aber nach allgemeinen Grundsätzen mit Rechtswirkung nur zwischen den Parteien — entschieden werden. Jedenfalls aber ist eine solche Feststellung der Bösgläubigkeit, mag sie im Statusprozesse oder auf andere Art erfolgen, nicht die Voraussetzung für das Eintreten der in §§ 1699 f. normierten Rechtsfolgen. Diese treten vielmehr mit der Rechtskraft des die Nichtigkeit der Ehe aussprechenden Urteils oder mit der Auflösung der Ehe ein.[4]

---

[1] Eck a. a. O. S. 500.

[2] Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 5.

[3] Meisner a. a. O. S. 265.

[4] vgl. hierzu Planck a. a. O. § 1699 Anm. 9.

Wenn nun auch die nichtige oder anfechtbare Ehe bis zur Nichtigkeitserklärung oder Auflösung und, wie die Stellung der Kinder aus einer solchen Ehe zeigt, darüber hinaus rechtliche Wirkung äußert, und wenn auch der § 1252 des 1. Entw., der in seinem Abs. 2 die Bestimmung enthielt, eine nichtige Ehe sei nach erfolgter Nichtigkeitserklärung als nicht geschlossen anzusehen, in das Gesetzbuch nicht mit übergegangen ist, so gilt doch auch hier der allgemeine, nur durch Ausnahmen, die durch das Wesen der Ehe geboten sind, modifizierte Grundsatz, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft, also auch eine nichtige Ehe, grundsätzlich als nicht geschlossen anzusehen ist.[1]

Das hat nun im einzelnen für die Fälle der Bösgläubigkeit eines Gatten folgende Bedeutung:

Zunächst die Bösgläubigkeit des Vaters. Er hat zwar infolge seiner Bösgläubigkeit die elterliche Gewalt über das Kind nie besessen, doch hat er sie, da die Ehe bis zur Nichtigkeitserklärung oder Auflösung nach § 1329 als gültig anzusehen war, tatsächlich ausgeübt. Mit dem Zeitpunkte der Rechtskraft des Nichtigkeiturteils oder der Auflösung aber geht sie auch der Ausübung nach auf die Mutter über, und diese kann nunmehr die aus der elterlichen Gewalt fließenden Rechte geltend machen.[2] Knitschky[3] nennt diesen Vorgang einen Neuerwerb, der auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurückzubeziehen sei.

Hat aber der Vater sonach die elterliche Gewalt zu Unrecht, an Stelle der Mutter, der sie von Rechts wegen zustand, ausgeübt, so muß er die aus dem Kindesvermögen

---

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. Vorbem. VIIb zu §§ 1323f.

[2] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 5.

[3] Knitschky a. a. O. S. 272.

gezogenen Nutzungen der Mutter herausgeben mit Ausnahme derjenigen, die er auf Grund der Bestimmung in § 1602 Abs. 2 zum Unterhalte des Kindes zu verwenden berechtigt war. Hierüber herrscht unter denen, die die Rückwirkung der Nichtigkeit anerkennen, Einverständnis.[1]

Ebenso ist es eine notwendige Folge dieser Rückwirkung, daß sämtliche Handlungen, die der bösgläubige Vater in Ausübung der ihm nicht zustehenden elterlichen Gewalt vorgenommen hat, ungültig sind. Es ist zuzugeben, daß sich hieraus besonders für gutgläubige Dritte schwere Unzuträglichkeiten ergeben, und das Bestreben, dem das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatze, daß der gute Glaube zu schützen sei, auch hier Geltung zu verschaffen, ist durchaus verständlich.

Zunächst käme zu diesem Zwecke die analoge Anwendung des § 1682 BGB. in Frage. Beide Fälle zeigen eine gewisse Ähnlichkeit: es übt jemand eine elterliche Gewalt aus, die ihm nicht oder nicht mehr zusteht. § 1682 bestimmt, daß der Vater, dessen elterliche Gewalt beendigt ist, doch zur Fortführung der mit der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte berechtigt sein soll. Doch gilt das nur so lange, als er von der Beendigung seiner elterlichen Gewalt keine Kenntnis hat. Hier aber liegt der Unterschied. In § 1682 ist der Vater gutgläubig, in § 1701 aber bösgläubig. Die Bestimmung des § 1682 ist aber nicht nur im Interesse gutgläubiger Dritter, sondern vielmehr auch im Interesse des gutgläubigen Vaters, der sich zu den von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen für berechtigt halten muß, getroffen, und aus diesem Grunde erscheint daher eine

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 5; Planck a. a. O. § 1701 Anm. 7; Knitschky a. a. O. § 16 II, 2b.

analoge Anwendung des § 1682 auf den Fall der Nichtigkeit der Ehe wegen Bösgläubigkeit des Vaters ausgeschlossen.[1]

Weiter käme in Frage, ob nicht der gute Glaube dritter Personen durch die Bestimmung des § 1344 BGB. geschützt wird. Diese Gesetzesstelle bestimmt, daß einem Dritten gegenüber Einwendungen aus der Nichtigkeit der Ehe gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes Urteil nur dann hergeleitet werden können, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt war. Es fragt sich nur, ob diese zum Schutze gutgläubiger Dritter erlassene Sonderbestimmung auch auf Rechtshandlungen anwendbar ist, die ein Ehegatte nicht als solcher, sondern in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter eines aus der nichtigen Ehe hervorgegangenen Kindes vorgenommen hat.

Diese Frage wird vielfach bejaht.

Planck[2] erkennt zwar an, daß es sich bei § 1344 um eine Ausnahmevorschrift handelt, will sie aber trotz des Wortlautes, der nur von Rechtsgeschäften und Rechtsstreiten eines „Ehegatten" spricht, auch dann angewendet wissen, wenn der Vater in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter seines Kindes mit einem Dritten Rechtsgeschäfte abschließt oder prozessiert. Auch Meisner[3] und de Boor[4] sprechen sich für diese analoge Anwendung der Bestimmung aus, letzterer mit der Begründung, daß es zwar nicht ausdrücklich im Gesetze

[1] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 5.

[2] Planck a. a. O. § 1701 Anm. 7.

[3] Meisner a. a. O. S. 266.

[4] de Boor a. a. O. S. 68.

stehe, jedoch ohne weiteres daraus zu entnehmen sei, da § 1344 nicht ausschließlich von Rechtsgeschäften oder Rechtsstreitigkeiten rede, die zwischen einem Dritten und einem Ehegatten als solchem vorgenommen oder ausgetragen würden. Auch M. Philler[1] hält die Anwendung des § 1344 auf dem Wege der Analogie für unbedenklich. Er folgert das daraus, daß in § 1344 lediglich die objektive Tatsache der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch einen Ehegatten verlangt werde, ohne Rücksicht darauf, ob dadurch der Ehegatte für seine Person oder durch ihn das Kind verpflichtet werde.

All diesen Ausführungen gegenüber ist mit Staudinger[2] und Opet-Blume[3] streng daran festzuhalten, daß § 1344 eine Ausnahmebestimmung von dem Grundsatze, daß eine nichtige Ehe als nicht geschlossen anzusehen sei, enthalte und als solche eine analoge Ausdehnung nicht dulde. § 1344 würde auf Rechtsgeschäfte des bösgläubigen Vaters als solchen nur dann anwendbar sein, wenn sich diese Anwendbarkeit aus dem Wortlaute des Gesetzes ergeben würde. Das ist aber nicht der Fall. § 1344 spricht nur von Rechtsgeschäften und Prozessen zwischen einem „Ehegatten“ und einem Dritten, und durch diesen Wortlaut ist sein Anwendungsgebiet auf die Geschäfte und Prozesse beschränkt, die den Ehegatten als solchen betreffen. Hätte das Gesetz auch die Fälle treffen wollen, in denen der Ehegatte nicht als solcher, sondern als gesetzlicher Vertreter seines Kindes auftritt, so hätte das besonders gesagt werden müssen. Aus dem, wie oben ausgeführt ist, streng auszulegenden Wortlaute des § 1344 geht es nicht hervor.

---

[1] M. Philler a. a. O. S. 67.

[2] Staudinger a. a. O. § 1701 Anm. 5.

[3] Opet-Blume a. a. O. § 1701 Anm. 5.

Die Folge dieser strengen Auslegung aber ist, daß die vom bösgläubigen Vater für das Kind abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, da die Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen ist, sämtlich ungültig sind.[1]

Ist endlich nur die Mutter bösgläubig und die Ehe für nichtig erklärt, so muß es auch hier so angesehen werden, als hätte die Mutter von Anfang an weitergehende Rechte als die ihr in § 1702 eingeräumten nie besessen.[2] Hat die Mutter in einem solchen Falle die elterliche Gewalt zu Unrecht ausgeübt, so gestaltet sich die Rechtslage, ebenso wie es für den Fall der Bösgläubigkeit des Vaters geschildert worden ist. Sie muß die etwaigen Nutzungen des Kindesvermögens an den Vormund herausgeben, und die von ihr in Vertretung des Kindes vorgenommenen Rechtsgeschäfte ermangeln der Wirksamkeit.

Vierter Abschnitt.

§ 12.

Ehen nach altem Recht.

Für die Frage, wie es zu halten sei, wenn aus einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossenen Ehe Kinder hervorgegangen sind, diese Ehe aber nichtig ist, trifft Art. 207 EG. z. BGB. eine besondere Bestimmung. Dort ist gesagt, daß für die Frage, inwieweit solche Kinder als eheliche anzusehen seien und inwieweit der Vater und die Mutter Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben, die bisherigen Gesetze maßgebend seien.

---

[1] vgl. hierzu Knitschky a. a. O. § 16 II, 2b.

[2] vgl. hierzu Opet-Blume a. a. O. § 1702 Anm. 5.

Aus dieser Art der Regelung ergibt sich folgendes:

Zunächst muß eine Ehe vorliegen, die unter altem Rechte geschlossen und mit einem Mangel behaftet ist, der nach dem zur Zeit der Eheschließung für diese geltenden Rechte zu ihrer Auflösung führen kann. Hier ist jedoch zu beachten, daß das Gesetz von dem in Abs. 1 Art. 198 EG. z. BGB. ausgesprochenen Grundsatze, daß sich die Gültigkeit einer Eheschließung, die vor dem 1. 1. 1900 erfolgt ist, nach den bisherigen Gesetzen bestimme, im Abs. 2 eine Ausnahme macht des Inhalts, daß eine nach den bisherigen Gesetzen nichtige oder anfechtbare oder sonst ungültige Ehe als von Anfang an gültig anzusehen sei, wenn die Ehegatten zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch als Ehegatten miteinander gelebt haben, und der Grund, auf dem die Nichtigkeit oder Ungültigkeit beruht, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe nicht zur Folge haben oder diese Wirkung verloren haben würde. Ist das der Fall, so sind die aus einer solchen Ehe hervorgegangenen Kinder nach den allgemeinen Grundsätzen als eheliche anzusehen.

Ferner muß die Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Ehe geltend gemacht werden können. Hierbei ist es gleichgültig, ob diese Voraussetzung schon vor dem Inktrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingetreten, oder ob erst nach diesem Zeitpunkte die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist. Desgleichen macht es nach der Fassung des Art. 207 keinen Unterschied, ob die Kinder vor oder nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geboren worden sind.[1]

Es entsteht nun die Frage, ob nach Art. 207 das alte Recht lediglich für die Entscheidung der Frage maßgebend

[1] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. Art. 207 Anm. II, 2a; M. Philler a. a. O. S. 99.

ist, ob die Kinder als eheliche zu gelten haben, und ob die Eltern Rechte und Pflichten ehelicher Eltern haben, oder ob auch für die sich aus dieser Stellung für Eltern und Kinder ergebenden Rechtsfolgen nicht das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern das alte Recht maßgebend ist.

Für die erste Auffassung spricht vor allem der Umstand, daß Art. 203 EG. z. BGB. allgemein sagt, das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geborenen ehelichen Kinde bestimme sich vom Inkrafttreten des neuen Gesetzes an nach diesem, und es scheint ungerechtfertigt zu sein, bei Kindern aus einer nichtigen, vor dem 1. 1. 1900 geschlossenen Ehe für die Frage der Folgen der Ehelichkeit das alte, bei Kindern aus einer ebenfalls vor diesem Zeitpunkte geschlossenen, aber gültigen Ehe für die gleiche Frage das neue Recht für anwendbar zu erklären. Auf Grund dieser Erwägung kommt M. Philler[1] zu dem Ergebnisse, daß die prinzipielle Bedeutung des Art. 203 durch Art. 207 nur für das Gebiet der Entscheidung über die eheliche Geltung der Kinder beschränkt werde, und daß nur dieses beschränkte Gebiet dem alten Rechte belassen sei. Der gleichen Ansicht wie Philler sind Habicht[2] und Ahrens.[3]

Dieser Auslegung aber steht einmal der Wortlaut des Gesetzes wie auch der Inhalt der Motive entgegen. Das Gesetz läßt das alte Recht entscheiden nicht nur über die Frage, ob die Kinder als eheliche anzusehen seien, und ob der Vater oder die Mutter die Rechte ehelicher Eltern haben, sondern es wählt den Ausdruck „inwieweit“. Dafür aber, daß,

[1] M. Philler a. a. O. S. 100.

[2] Habicht, Die Einwirkung des BGB. S. 643.

[3] Ahrens a. a. O. S. 29.

wie M. Philler[1] meint, dieses Wort lediglich eine ungenaue Ausdrucksweise für „ob“ sei, liegt kein Anhalt vor.

Auch die Motive ergeben, daß die Absicht nicht lediglich die war, die Frage nach der ehelichen Geltung nach altem Rechte entscheiden zu lassen; denn dort[2] ist ausdrücklich gesagt, daß mit der Frage, ob bezw. inwieweit ein Kind, das in einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossenen ungültigen Ehe geboren wird, als uneheliches Kind zu gelten hat, die andere Frage im Zusammenhange stehe, ob und inwieweit[3] dem Vater oder der Mutter im Verhältnisse zueinander und zu dem Kinde die Pflichten und Rechte ehelicher Kinder zukommen, und daß, wenn das alte Recht in der ersteren Richtung entscheide, es auch für die Beantwortung der zweiten Frage maßgebend sein müsse. Hieraus ergibt sich, daß das alte Recht auch bestimmt, welche Rechte und Pflichten Eltern und Kinder gegeneinander haben.[4]

Wenn die Motive im Anschlusse an die oben angegebenen Ausführungen sagen, daß sich die Wirkungen der Ehelichkeit im übrigen gemäß Art. 121 (jetzt Art. 203) von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs an nach dessen Vorschriften bestimmen, so kann darin keine Stütze für die gegenteilige Ansicht gefunden werden, wie Philler[5] will,

---

[1] M. Philler a. a. O. S. 100.

[2] Mot. z. EG. z. BGB. S. 296.

[3] Schon aus dieser Nebeneinanderstellung ergibt sich übrigens, daß die Ansicht M. Phillers, „inwieweit“ stehe ungenau für „ob“, unhaltbar ist.

[4] So auch Staudinger a. a. O. Art. 207 Anm. II, 2d; vgl. ERG. in. Zivils. Bd. 52 S. 245.

[5] M. Philler a. a. O. S. 100.

sondern es soll, wie das soeben erwähnte Urteil des Reichsgerichts treffend ausführt, lediglich auf die subsidiäre Geltung dieser allgemeinen Bestimmung hingewiesen werden — z. B. für die Art der Ausübung der Elternrechte. Nach alledem enthält Art. 207 eine Durchbrechung des im Art. 203 aufgestellten Grundsatzes und gewährleistet somit dem alten Rechte auf geraume Zeit hinaus einen bedeutenden Einfluß.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.